This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

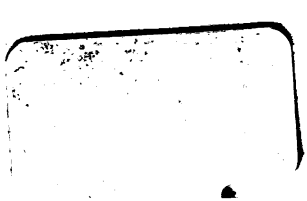
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.



Entscheidungen

des

Reichsgerichts.

Herausgegeben

von

den Mitgliedern des Gerichtshofes.

Entscheidungen in Civilsachen.

Sechster Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1882.

Entscheidungen

des

Reichsgerichts

in

Civilsachen.

Sechster Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1882.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Inhalt.

I. Reichsrecht.

Nr.		Seite
1.	Haftpflichtgesetz §. 2. Kausalzusammenhang. Disposition zu einem Schaden.	1
2.	Ist Pachtung eines Steinbruches Handelsgeschäft?	4
3.	Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst	11
4.	Schließt grobes Verschulden die Redlichkeit des Erwerbes aus? (S. a. Nr. 23 S. 86.)	17
5.	Statutenkollision. Verjährung des Anspruches an den Acceptanten eines domizilierten Wechsels	24
6.	Abstrakte Schadensberechnung. Entscheidender Marktpreis	26
7.	Unbefugte Aufführung eines dramatischen Werkes	28
8.	Unterbrechung der gegen einen ausgeschiedenen Genossenschafter laufenden Verjährung	33
9.	Betrieb einer Eisenbahn nach §. 1 des Haftpflichtgesetzes	37
10.	Berechnung der Militärdienstzeit bei Pensionierung und Versorgung	39
11.	Bezieht sich Anfechtungsgesetz §. 3 Nr. 1 auf Hingabe an Zahlungsstatt?	44
12.	Zeit der Erklärung des Eintrittes des Kommissionärs als Selbstkontrahent	46
13.	Rechenschaftspflicht des Kommissionärs. Präzisierung der Ausführungsanzeige	49
14.	Berechnung des Schadens bei Nichterfüllung eines Lieferungsvertrages	58
15.	Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Art. 347 H.G.B.	60
16.	Ist §. 120 Abs. 3 Gewerbeordnung als ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne A.L.R. I. 6. §. 26 anzusehen?	62
17.	Absonderung im Konkurse. Zwangsvergleich	66
18.	Ist gegen die Klage auf Einzahlung der Aktien die Kompensationseinrede aus einer Forderung gegen die Aktiengesellschaft zulässig?	69
19.	Markenschutz. Beifügungen zu Warenzeichen. Buße	75
20.	Beweislast bei der Frage, ob Gelegenheitsgesellschafter oder Handlungsbevollmächtigter, und bei streitigem Teilungsmaßstabe	79
21.	Gilt Art. 49 H.G.B. auch für Stadtreisende?	83
22.	Anfechtungsgesetz. Sind freiwillige Pfandbestellungen unentgeltliche Verfügungen?	85

Nr.		Seite
23.	Begriff des redlichen Erwerbes. H.G.B. Artt. 306. 307. Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung der Entwendung	86
24.	Gewerbeordnung §. 7 Ziff. 6. Kanon für Mahlberechtigung	90
25.	Begriff der Zahlungseinstellung	95
26.	Klage gegen die Firma eines verstorbenen Einzelkaufmannes	98
27.	Ist der Schleppvertrag ein Frachtvertrag?	99
28.	Druckfehler im Eisenbahntarife	100
29.	Berechnung der Dienstzeit eines Reichsbeamten. Zuständigkeit der Gerichte?	105
30.	Vermietung vor dem Konkurse durch den Gemeinschuldner und Cession der Mietzinsen an einen Dritten	109
31.	Auftrag an den Spediteur zur Versicherung	114
32.	Kann die Zeitdauer der Aktiengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß verlängert werden?	120
33.	Anwendung des Art. 14 des Münzgesetzes auf Zahlungen, welche ein Ausländer in Deutschland in deutscher Silberwährung zu leisten versprochen hat	125
34.	Befugnis französischer Aktiengesellschaften, in Elsaß-Lothringen vor Gericht aufzutreten	134

II. Gemeines Recht.

35.	Pro herede gestio durch Zahlungsanerbieten	143
36.	Beneficium competentiae aus im alten Verfahren beendigtem Konkurse	147
37.	Klage auf eheliche Folge. Revisibilität. Einreden	149
38.	Pachtung eines Steinbruches oder Kauf der zu brechenden Steine? (Nr. 2 S. 4)	152
39.	Verkauf in Versteigerung. Verletzung über die Hälfte	152
40.	Bürgschaft. Einrede der Vorausklage. Begriff der Abwesenheit	154
41.	Ist der Vormund einer wahnsinnigen Ehefrau zur Anstellung einer Scheidungsklage für dieselbe befugt?	157
42.	Recht des Gemeingebrauches öffentlicher Wege. Ist bei Aufhebung derselben ein Entschädigungsanspruch begründet?	159
43.	Erhalten durch die Einkindschaft die Vorkinder ein nicht zu beschränkendes Erbrecht oder nur ein Pflichtteils- und Noterbrecht?	163
44.	Ist eine gegen §. 288 St.G.B. verstoßende Veräußerung unwirksam?	169
45.	Intestaterbrecht der Adoptivkinder	171
46.	Widerruf korrespektiver Testamente	174
47.	Ist Doppelversicherung gegen Feuersgefahr unzulässig?	177
48.	Actio communi dividundo vor der Erbteilung	180
49.	Form der Insinuation von Schenkungen. Schenkung in fraudem legis	181
50.	Voraussetzungen der Trennung von Tisch und Bett. (Nr. 112 S. 369)	186

Nr.		Seite
51.	Anspruch auf Maklergebühr bei Zuweisung eines Kontrahenten	187
52.	Anspruch auf Maklergebühr bei unmittelbarem Abschlusse durch die Kontrahenten	188
53.	Redhibitorische Klage beim Genuskaufe?	189
54.	Feuerversicherung. Anerkennung der Schadensliquidation. Zinsenforderung. Wertsverminderung nach dem Brande. Anfechtung der Obmannstaxe	190
55.	Ausschließung der ordentlichen Ersitzung von Servituten gegenüber dem Fiskus	202
56.	Ist die l. un. Cod. de sent. auch anwendbar bei Schadensersatzanspruch aus einer rechtswidrigen Handlung?	203
57.	Ist der Rechtsweg zulässig bei einem durch eine Polizeibehörde unter Überschreitung der Amtsbefugnisse begangenen Eingriff in das Privateigentum?	204
58.	Was sind die Früchte des Nießbrauches?	208
59.	Statutenkollision beim ehelichen Güterrechte. (Nr. 123 S. 393)	213
60.	Falsus procurator	214
61.	Negatoria wegen Lärmes im Nachbarhause. Grenze des Schadensersatzes	217
62.	Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes? Kann in der Gerichtspraxis ein Gewohnheitsrecht gefunden werden?	223

III. Preußisches Recht.

63.	Akkord. Separatabkommen	227
64.	Administrative Exekution	230
65.	Parochiallast	233
66.	Anweisung des Legates auf ein ausstehendes Kapital	236
67.	Bekanntmachung des die Gütergemeinschaft ausschließenden Vertrages	239
68.	Ersitzung einer Erbpachtsgerechtigkeit. Gesetz vom 2. März 1850	241
69.	Natur des Pflichtteilsrechtes	247
70.	Bedarf es zur Gültigkeit des Kompensationsvertrages der Schriftform?	253
71.	Findet §. 43 A.L.R. I. 22 auch auf Untersagungsrechte Anwendung?	255
72.	Vertragsunfähigkeit des falsus procurator	258
73.	Schadensersatz. §. 26 A.L.R. I. 6. §. 367 Nr. 14 St.G.B.	260
74.	Voraussetzungen der Aufhebung der väterlichen Gewalt	265
75.	Teilweise Redhibition	268
76.	Ersitzung von Servituten gegen ein Lehngut	271
77.	Kann dem Cessionar einer rechtskräftig festgestellten Forderung gegenüber mit einer Forderung gegen den Cedenten kompensiert werden?	277
78.	Gewerkschaftsrecht	281
79.	Hoffnungskauf	289

Nr.		Seite
80.	Amortisationsrente. Dinglichkeit. Eintragung	293
81.	Wann treten die Bebauungspläne in Wirksamkeit? Was ist unter den „neuen Fluchtlinien" zu verstehen?	295
82.	Unkenntnis eines Intabulates. Verschulden	301
83.	Beweis bei der Redhibition eines vor Eintritt des Rücknahmeverzuges des Verkäufers gestorbenen Tieres	302
84.	Unbeauftragte Geschäftsführung. Rechnungslegung	305
85.	Wirkung der Abtretung des Hypothekenvorrechtes	307
86.	Ist den Bestimmungen der §§. 52. 53 A.L.R. I. 15 durch das H.G.B. derogiert? (Nr. 23 S. 86)	312
87.	Subhastationsordnung §§. 64. 72	312
88.	Schadensersatzforderung aus formlosen Verträgen	316

IV. Rheinisches Recht.

89.	Haftung des Ehemannes für Schulden der Ehefrau	318
90.	Notweg. Einräumung. Possessorischer Schutz	323
91.	Anatozismus	325
92.	Kollokationsverfahren. Anspruch auf Zinsen	330
93.	Vertragsauflösung. Badisches L.R. S. 1184	332

V. Prozeßrecht.

94.	Ist Revision gegen ein Berufungsurteil zulässig, welches die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen hat?	335
95.	Vereidigung eines Sachverständigen als Zeugen. (Nr. 1 S. 1)	337
96.	Bedeutung eines Gutachtens des Patentamtes in Patentstreitigkeiten	337
97.	Beschwerde wegen des Kostenpunktes	339
98.	Ist auch in Patentsachen Berufung wegen des Kostenpunktes allein nicht zulässig?	340
99.	Begriff der Zustellung. Einwerfen in den Briefkasten. Beginn der Frist für das Gesuch um Wiedereinsetzung wegen Ablaufes einer Notfrist	341
100.	Freie Beweiswürdigung. (Nr. 44 S. 169)	344
101.	Beweiskraft der Handelsbücher	345
102.	Voraussetzung der Zulässigkeit eines Teilurteiles. (Nr. 13 S. 49).	348
103.	Ist die Revision unannehmbar, wenn in der Revisionsschrift die Parteien nicht nach Namen genannt und bei der Ladung das Revisionsgericht nicht bezeichnet ist?	349
104.	Aufhebung eines Urteiles wegen mangelhaften Thatbestandes	350

Nr.		Seite
105.	Ist §. 332 Abs. 1 C.P.O. auf den Fall zu beschränken, daß die ausgebliebene Partei vom Termine benachrichtigt war?	351
106.	Sind für die Ladung der Zeugen Schreibegebühren zu berechnen?	354
107.	Freie Würdigung bei Schadensersatzansprüchen. Ist Abweisung in angebrachter Art zulässig?	356
108.	Substanziierung der prozeßhindernden Einrede aus §. 247 Ziff. 5 C.P.O.	359
109.	Ist Beglaubigung eines Schriftstückes wesentliches Erfordernis des Zustellungsaktes?	361
110.	Zurücknahme der Revision. Versäumnisurteil	364
111.	Anfechtung eines Arrestes. §. 23 Ziff. 2 K.O.	367
112.	Kann der Anspruch auf die Erziehung der Kinder mit dem Verfahren in Ehesachen verbunden werden? Voraussetzungen der Trennung von Tisch und Bett	369
113.	Wechsel der Gerichtsmitglieder im Prozesse. Beschwerde mit Umgehung des Berufungsgerichtes. Außergerichtliches Geständnis als Beweismittel. Freie Würdigung des Schadens. (Nr. 54 S. 190)	372
114.	Verbürgung der Gegenseitigkeit nach §. 661 Ziff. 5 C.P.O. Vollstreckbarkeit englischer Urteile	372
115.	Aufhebung eines Urteiles. Neue Aburteilung	374
116.	Pfändung eines Forderungsrechtes	377
117.	Rechtskraft der Oberlandesgerichtsurteile mit Rücksicht auf §§. 508. 509 Ziff. 1 C.P.O.	380
118.	Gerichtsstand der unerlaubten Handlung	383
119.	Wie weit reicht die Rechtskraft des eine negative Feststellungsklage abweisenden Urteiles? Festzustellendes Rechtsverhältnis. Voraussetzung der Feststellungsklage	385
120.	Wirksamkeit des Arrestbeschlusses	388
121.	Beschwerde gegen einen die Kostenfestsetzung ablehnenden Beschluß. Form des Beitrittes des Streitverkündeten. Kosten der Streitverkündigung	390
122.	Form der Einlegung einer Beschwerde nach §. 35 R.A.O.	392
123.	Inwiefern kann ein aus dem Partikularrechte abgeleiteter Rechtssatz revisibel sein? Statutenkollision beim ehelichen Güterrechte	393
124.	Wer schuldet bei Aufhebung der Kosten gegeneinander dem Staate die Gerichtskosten?	398
125.	Einfluß des im Auslande über einen Ausländer eröffneten Konkurses auf dessen Vermögen im Inlande. Klagen gegen denselben im Inlande	400
126.	Weitere Beschwerde in Kostensachen	409
127.	Gehören die Grundsätze über Beweislast und Interpretation dem materiellen Rechte an?	412
128.	Einstweilige Verfügungen	414
129.	Gilt §. 293 C.P.O. auch für nach altem Rechte ergangene Urteile	415

Nr.		Seite
130.	Verbindung mehrerer Prozesse durch den Richter. Bedeutung für die Revisionssumme	416
131.	Wirkung des Armenrechtes für den Gegner	418
132.	Zwischenurteil nach §. 276 C.P.O. über Kompensationseinrede zulässig?	420
133.	Bedingtes Endurteil. Zurückverweisung in die erste Instanz	423
134.	Begriff des bedingten Endurteiles	427
135.	C.P.O. §. 94	432

Sachregister 437
Gesetzesregister 458
Chronologische Zusammenstellung 463
Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken 469
Berichtigungen 470

I. Reichsrecht.

1. 1. Unterliegt ein Urteil, welches auf dem Gutachten eines Sachverständigen beruht, der nur als Zeuge vereidigt ist, der Vernichtung?

2. Wird der Kausalzusammenhang zwischen einem hervorgetretenen körperlichen Schaden und der vorhergegangenen Verletzung dadurch ausgeschlossen, daß der Verletzte eine Disposition zu dem Schaden hatte?

I. Civilsenat. Urt. v. 16. November 1881 i. S. R. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. I. 602/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger hat in der Guanofabrik des Beklagten gearbeitet; hierbei ist er nach seiner Angabe am 21. März 1880 gefallen und hat sich, wie er weiter angiebt, dadurch einen Leistenbruch zugezogen, welcher ihn zur Verrichtung schwerer Arbeit untauglich mache. In der von ihm bei dem Landgerichte Hamburg gegen den Beklagten erhobenen Klage hat er eine Entschädigung von 5000 ℳ gefordert, indem er seinen Fall auf ein Verschulden seines Arbeitgebers zurückführt. Das Landgericht hat ohne Beweisaufnahme die Klage abgewiesen, weil aus derselben hervorgehe, daß den Kläger eine die Haftung des Beklagten ausschließende eigene Verschuldung treffe. Kläger hat Berufung eingelegt; das Hanseatische Oberlandesgericht hat die Verhandlung zunächst auf den Grund des Anspruches beschränkt und eine Beweiserhebung angeordnet, demnächst aber die Berufung als unbegründet zurückgewiesen.

Das Berufungsurteil läßt es dahin gestellt, ob es als genügend erwiesen anzunehmen sei, daß der Kläger den Unfall erlitten habe, ob der Beklagte dafür verantwortlich zu machen sei, und wie weit etwa dem Kläger eine eigene Verschuldung zur Last falle; denn es sei jedenfalls nicht erwiesen, daß der Bruchschaden des Klägers durch diesen Fall herbeigeführt sei, im Gegenteil müsse mit dem in zweiter Instanz als Zeugen vernommenen Dr. M. und aus den von demselben angeführten Gründen angenommen werden, daß zwischen dem am 31. März 1880 konstatierten Bruchschaden des Klägers und dem angeblich am 21. März 1880 erlittenen Unfall ein Kausalzusammenhang nicht bestehe, woraus sich die Abweisung der Klage ergebe.

Nach den Akten ist Dr. M. am 14. Mai 1881 von dem Prozeßgericht als Zeuge vereidigt. Nach dem Thatbestande des Berufungsurteils hat derselbe ausgesagt:

Der Kläger sei am 31. März 1880 von ihm untersucht worden, derselbe hatte einen Leistenbruch, welcher etwa wie eine halbe Wallnuß hervortrat. Der Kläger habe ihm gesagt, daß er die Geschwulst infolge eines Falles erhalten habe. Zeuge glaube das aber nicht, sei vielmehr überzeugt, daß der von den Zeugen R. und K. geschilderte Fall des Klägers keinen Einfluß auf den Bruch gehabt habe. Es sei überhaupt äußerst selten, daß Brüche infolge äußerer Verletzungen, namentlich durch eine einmalige Verletzung entständen, vielmehr entständen fast alle Brüche allmählich. Wenn der Kläger vor dem Fall ganz gesund, d. h. ohne Anlage und Disposition zu einem Bruche gewesen wäre, und man annehmen wollte, daß der Bruch durch den Fall verursacht sei, so hätte die durch den Fall herbeigeführte Verletzung eine so schwere sein müssen, daß dann jedenfalls nach Ablauf von zehn Tagen und noch viel mehr, wenn die Untersuchung — wie die Zeugen angeben — am nächstfolgenden Tage nach dem Fall stattgefunden hätte, äußere Spuren der stattgehabten Verletzung, Geschwulst und Sugillation, noch hätten wahrnehmbar sein müssen. Eher wäre es denkbar, daß das Hervortreten des Bruches durch den Fall veranlaßt sei, wenn man annehme, daß die Disposition zu demselben, d. h. eine Lücke in der Muskulatur der Bauchwand, schon vorher dagewesen sei; Zeuge könne aber auch das nicht für wahrscheinlich halten, weil bei der Untersuchung des Klägers am 31. März die Bruchöffnung schon eine zu große gewesen sei . . .

Das Reichsgericht hat auf Revision des Klägers das Urteil aufgehoben und die Sache an das O.L.G. zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Aussage des als Zeugen beeidigten Dr. M. giebt nicht bloß Wahrnehmungen eines sachverständigen Zeugen wieder, sondern sie enthält auch ein Gutachten über die aus den wahrgenommenen Thatsachen nach medizinischer Wissenschaft zu ziehenden Folgerungen, wie es von einem Sachverständigen abzugeben ist. Dr. M. hätte deshalb nach §. 375 C.P.O. mit einem Sachverständigeneide belegt werden müssen. Der Eid des sachverständigen Zeugen deckt das von demselben abgegebene Gutachten nicht. Da das Urteil des Oberlandesgerichts diesem Gutachten folgt, so beruht dasselbe auf einem durch einen Eid nicht gedeckten Gutachten, und ist deshalb aufzuheben.

Diese Aufhebung ist noch aus einem anderen Grunde auszusprechen. Das Gutachten unterscheidet zwischen Verursachung des Leistenbruches und Veranlassung desselben. *Verursacht* soll der Bruch durch den Fall sein, wenn Kläger vorher ganz gesund, d. h. ohne Anlage und Disposition zu einem Bruche, gewesen sei. Dies erachtet das Gutachten und das Urteil, welches demselben folgt, für ausgeschlossen. Wäre dagegen eine Disposition zu einem Bruche, d. h. eine Lücke in der Muskulatur der Bauchwand, schon vorher vorhanden gewesen, so soll der Bruch durch den Fall *veranlaßt* sein.

Eine solche Unterscheidung zwischen Verursachung und Veranlassung ist aber bezüglich der Frage, ob Beklagter für den dem Kläger erwachsenen Schaden überhaupt hafte, ohne rechtliche Bedeutung. Denn auch wenn der Kläger mit einer solchen Disposition behaftet war, ohne daß bis dahin der Bruch hervorgetreten war, und wenn nun der Bruch bei solcher bereits vorhandenen Disposition infolge davon hervortrat, daß Kläger fiel, so würde Beklagter, vorausgesetzt, daß er den Fall des Klägers verschuldete oder sonst für die Folgen desselben einzustehen hatte, verpflichtet sein, die Differenz, welche in den Vermögensverhältnissen des Klägers dadurch eingetreten ist, daß aus seiner *Disposition* zu einem Leistenbruche ein *Leistenbruch* geworden ist, zu ersetzen haben.

Der Schadensanspruch des Klägers wurde also nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß das Urteil mit dem Sachverständigen annahm, daß Kläger, wenn der Bruch nach dem Fall bei ihm hervorgetreten sei, vor dem Fall nicht ohne Disposition zu einem Bruche gewesen sei.

Nun hat zwar der Sachverständige weiter ausgesagt, daß er auch das nicht für wahrscheinlich halte, daß der Bruch durch den Fall in dem von ihm angenommenen Sinne veranlaßt sei. Indem das Berufungsurteil den Gründen des Sachverständigen, ohne eine Unterscheidung zu machen, folgt, spricht es aus, daß es sich auch diese Begründung aneignet. Das Gericht hat aber nicht Wahrscheinlichkeiten oder Unwahrscheinlichkeiten seinem Urteil zu Grunde zu legen, sondern es hat auszusprechen, ob eine in Betracht gezogene und für den vorliegenden Fall juristisch erhebliche Thatsache für wahr oder für unwahr angesehen wird. Jetzt ist durch die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Bruchschaden des Klägers bei einer vorhandenen Disposition desselben zu einem Bruche durch den Fall, wenn ein solcher stattgefunden hat, verursacht wurde, ohne daß das Urteil in eine Erörterung darüber eingetreten ist, ob der Kläger so, wie die Zeugen ausgesagt haben, wirklich gefallen ist, und ob Beklagter für den Fall und seine Folgen einzustehen hat.

Das den Kläger abweisende Urteil beruht hiernach auf einem falschen Kausalitätsbegriff."

---

2. Pachtung eines Steinbruches oder Kauf der zu brechenden Steine? Ist die Pachtung eines Steinbruches zum Zwecke der Veräußerung der zu brechenden Steine ein Handelsgeschäft? Ist die Gewinnung von Steinen aus einem gepachteten Steinbruche eine Anschaffung derselben im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 H.G.B.?

III. Civilsenat. Urt. v. 19. November 1881 i. S. W. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 140/81.

I. Kreisgericht Limburg.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Die Gemeinde B. hatte mit W. und N. einen als „Pachtvertrag" bezeichneten schriftlichen Vertrag abgeschlossen, welcher im wesentlichen besagte: die Gemeinde verpachte an W. und N. einen ihr gehörigen, aus zwei bezeichneten Felsen bestehenden Kalksteinbruch auf die Dauer von 20 Jahren für einen jährlichen Pachtzins von 450 ℳ;

die Seitengrenzen des verpachteten Steinbruches sollen durch das Feldgericht unter Zuziehung beider Teile festgestellt werden; den Pachtern stehe das Recht zu, während der Pachtzeit nach Belieben die Gewinnung von Steinen aus den beiden Felsen und überhaupt innerhalb der zu ziehenden Grenzen zu betreiben und den Steinbruch innerhalb dieser Grenzen voranzutreiben; sie dürfen namentlich auch das auf diesem Areal stehende und der Verpachterin verbleibende Holz wegräumen, soweit dies zum Zwecke der Anlage und des Betriebes des Steinbruches erforderlich sei; wenn während der Pachtzeit die Steine auf dem verpachteten Areal sich verlieren oder nicht mehr bauwürdig anstehen würden, so solle der Pachtvertrag fortan aufgehoben sein.

Nachdem W. und N. den gedachten Steinbruch einige Jahre auf gemeinschaftliche Rechnung betrieben hatten, blieben sie mit der Bezahlung des Pachtzinses im Rückstand. Die Gemeinde klagte den ganzen rückständigen Betrag gegen W. ein, indem sie auszuführen suchte, daß die Vereinigung des W. und des N. zur Pachtung und zum Betriebe des Steinbruches für gemeinschaftliche Rechnung eine handelsrechtliche sog. Gelegenheitsgesellschaft (Art. 266 H.G.B.) und folglich W. gemäß Art. 269 H.G.B. für den Pachtzins solidarisch verhaftet sei. Die zweite Instanz verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage; sie ging davon aus, daß man in dem obigen Vertrage nicht eine Pachtung des Steinbruches, sondern einen Kauf der zu brechenden Steine zu erblicken habe, und daß somit der in der Absicht der Weiterveräußerung der Steine abgeschlossene Vertrag gemäß Art. 271 Ziff. 1 H.G.B. ein Handelsgeschäft sei. Zur Begründung dieser Entscheidung sagte sie: da der Beklagte und N. durch den Vertrag das Recht erlangt hätten, von den beiden Felsen nach freiem Belieben Steine zu brechen, so seien nicht die beiden Felsen, als Teil des Grund und Bodens, sondern die zu brechenden Steine als Gegenstand des Vertrages anzusehen. Durch Urteil des Reichsgerichts wurde das zweitinstanzliche Erkenntnis vernichtet, die Verurteilung des Beklagten auf die Hälfte des eingeklagten Betrages beschränkt und hinsichtlich der anderen Hälfte die Klage abgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Rechtsirrtümlich ist die Meinung der Vorinstanz, daß in dem vorliegenden Vertrage nicht ein Pachtvertrag, sondern ein Kauf der zu brechenden Steine abgeschlossen worden sei.

Da das gemeine Recht die aus einem Grundstücke zu gewinnenden Mineralien, insbesondere auch die zu brechenden Steine als Früchte des Grundstückes ansieht,

l. 77 Dig. de V. S. 50, 16; l. 7 §. 14, l. 8 Dig. sol. matr. 24, 3; l. 9 §§. 2. 3, l. 13 §. 5 Dig. de usufr. 7, 1. Der vereinzelte Ausspruch der l. 7 §. 13 Dig. sol. matr. 24, 3: „nec in fructu marmor est, nisi talis est, ut lapis ibi renascatur", ist daraus zu erklären, daß es sich an dieser Stelle nur um den Anspruch auf Ersatz der Kosten der Anlage des Marmorbruches handelt; vgl. Schröder, Arch. für civ. Praxis Bd. 49 S. 360 flg.; Czyhlarz Dotalrecht S. 238 Anm. 7; Windscheid, Pand. Bd. 1 §. 144 Anm. 8,[1]

so ist es auch zulässig, das Recht auf den Bezug dieser Früchte einem Anderen im Wege einer Verpachtung des Grundstückes zu übertragen. Es können aber auch die noch zu gewinnenden Mineralien als künftige, bewegliche Sachen gedacht und somit zum Gegenstande eines Kaufgeschäftes gemacht werden, und hierbei kann auch die Vereinbarung getroffen werden, daß der Käufer die gekauften Mineralien aus dem Grundstücke des Verkäufers auszuscheiden und zu entnehmen habe. Da ein solcher Kaufvertrag nur dadurch erfüllt werden

[1] Die auf Grund der l. 7 §. 13 Dig. sol. matr. 24, 3 aufgestellte Ansicht, daß nur renascierende Mineralien zu den Früchten des Grundstückes zu zählen seien, ist noch vertreten von Heimbach, die Lehre von den Früchten S. 21 und Förster, Preuß. Privatr. Bd. 1 §. 21 Anm. 26; aber die gemeine Meinung sieht alle aus einem Grundstücke gewonnenen Mineralien als Früchte desselben an; vgl. außer den obigen Citaten auch noch z. B. Sintenis, C.R. Bd. 1 §. 59 Anm. 13; Seuffert, Pand. Bd. 1 §. 65 Anm. 1; Wächter, Pand. Bd. 1 S. 306. Ebenso u. A. Glück, Komm. Bd. 25 S. 111 flg., welcher den Ausspruch der l. 7 §. 13 über das Renascieren aus einer von den Römern nur dem Marmor zugeschriebenen Eigentümlichkeit erklärt. Eine Entscheidung des preußischen Obertribunales vom 20. November 1857 (Striethorst, Archiv Bd. 27 S. 149), nach welcher die aus einem Bergwerke zu gewinnenden Mineralien nicht als Früchte des Bergwerkes, sondern nur als Teile der Bodensubstanz angesehen werden können und daher die entgeltliche Gestattung der Ausbeutung eines Bergwerkes sich überhaupt nicht als eine Verpachtung desselben, sondern nur als ein Verkauf der Ausbeute auffassen lasse, gründet sich auf die landrechtliche Definition der Früchte A.L.R. I. 2. §. 110 und I. 9. §. 220 und der Pacht A.L.R. I. 21. §. 259; dagegen bezeichnet aber das preuß. Allg. Berggesetz vom 24. Januar 1865 die entgeltliche Überlassung der Ausbeute eines Bergwerkes als eine Verpachtung (§. 114). D. E.

kann, daß dem Käufer eine entsprechende Verfügungsgewalt über das Grundstück selbst eingeräumt wird, so kann es unter Umständen als zweifelhaft erscheinen, ob eine Verpachtung des Grundstückes oder ein Verkauf der Mineralien abgeschlossen sei. Es mag namentlich der Zweifel aufgeworfen werden können, ob ein als Pachtvertrag sich bezeichnender Vertrag, nach dessen Bestimmungen die Höhe des Pachtzinses nach dem Betrage der in der Pachtperiode gemachten Ausbeute bemessen werden soll, nicht vielmehr als ein Kauf der Ausbeute aufzufassen sei.[1]

Der vorliegende Vertrag ist nun, wie auch die Vorinstanz anerkennt, nur darauf gerichtet, daß dem Beklagten und seinem Gesellschafter das Recht gewährt werden soll, aus den beiden Kalksteinfelsen, oder genauer: aus dem ganzen, zwischen den zu ziehenden Grenzen befindlichen, diese beiden Felsen einschließenden Terrain „nach freiem Belieben Steine zu brechen". Die Gewährung dieses Rechtes kann aber, bei dem umfassenden Inhalte desselben, nur dadurch erfolgen, daß die Klägerin ihnen für die Dauer der Vertragszeit die — innerhalb der durch den Vertragszweck gegebenen Schranken — beliebige Verfügung über das ganze Grundstück gestattet, mit anderen Worten, daß sie dieselben in den Besitz des Grundstückes einsetzt. Hieraus folgt nicht nur, daß die Klägerin mit der Einräumung dieses Besitzes alles gethan hat, was ihr aus dem Vertrage obliegt, sondern auch andererseits, daß der Beklagte und N. durch die Annahme dieses Besitzes alles in Empfang genommen haben, was sie aus dem Vertrage zu fordern haben. Ob und in welchem Umfange die letzteren von dem ihnen somit gewährten Rechte Gebrauch machen wollen, ist lediglich ihre Sache; der Vertrag ist durch die Gewährung und Belassung des Besitzes des auszunutzenden Grundstückes erfüllt, einerlei ob der Beklagte und N. das in demselben vorhandene Gestein bis auf den letzten Stein ausbrechen, oder ob sie beim Ablaufe der Pachtzeit sämtliche Steine ungebrochen haben sitzen lassen. Hiermit sind offenbar alle rechtlichen Erfordernisse des Abschlusses eines Pachtvertrages gegeben. Es erhellt aber hieraus zugleich, daß der abgeschlossene Vertrag als ein Kauf-

[1] v. Hahn, Kommentar Bd. 2 (2. Aufl.) Anm. 2 zu Art. 275 ist der Meinung, daß, wenn der Preis nach dem Ertrage der Ausbeute bestimmt sei, ein Kauf der zu trennenden Mineralien anzunehmen sein werde; ebenso Anschütz und Völderndorff, Komm. Bd. 3 S. 57 Anm. 16. D. E.

vertrag nicht aufgefaßt werden kann. Denn da der Kaufvertrag darauf gerichtet sein muß, daß der Käufer von dem Verkäufer eine ihm verkaufte Sache zu erhalten hat, so kann von einem Kaufe von Steinen da nicht die Rede sein, wo, wie hier, zur vollständigen Erfüllung des Vertrages es nicht erforderlich ist, daß der eine Vertragsteil von dem anderen Teile auch nur einen einzigen Stein erhält.

Ist hiernach der unter den Parteien abgeschlossene Vertrag als Verpachtung eines Grundstückes und somit als ein Vertrag über eine unbewegliche Sache anzusehen, so ergiebt sich schon aus Art. 275 H.G.B., daß in demselben ein Handelsgeschäft nicht gefunden werden kann. Die Vereinigung des Beklagten und des N. zur Eingehung dieses Nichthandelsgeschäftes für gemeinschaftliche Rechnung ist keine handelsrechtliche Gesellschaft (Art. 266).

Zu demselben Resultate gelangt man aber auch, wenn die Frage, ob diese Pachtung ein Handelsgeschäft und ein Geschäft einer handelsrechtlichen Gesellschaft ist, aus der Natur der übrigen von dem Beklagten und N. gemeinschaftlich betriebenen Geschäfte, für welche dieselbe verwertet werden sollte, beurteilt werden müßte. Die gemeinschaftlichen Geschäfte des Beklagten und des N. bestanden nur in dem Betriebe des hier fraglichen und eines anderen, gleichfalls von der Klägerin gepachteten Steinbruches, und zwar, wie die Vorinstanz festgestellt hat, zum Zwecke der Veräußerung der gewonnenen Steine. Als Handelsgeschäfte können diese Geschäfte nicht angesehen werden, weil der Beklagte und N. weder die zu veräußernden Steine, noch auch bewegliche Sachen, aus welchen dieselben hergestellt werden sollten, sich angeschafft haben (H.G.B. Art. 271 Ziff. 1 und Art. 273 Abs. 2). Wer der unbeweglichen Bodensubstanz einen Stoff entnimmt und denselben somit zu einer beweglichen Sache macht, ist der Produzent, Erzeuger der beweglichen Sache, und man kann von demjenigen, der eine Sache erzeugt hat, nicht sagen, daß er dieselbe sich angeschafft habe. Deshalb sind diejenigen Gewerbe, welche auf die Gewinnung von Rohstoffen aus der Bodensubstanz und auf die Veräußerung derselben — in rohem, bearbeitetem oder verarbeitetem Zustande — sich richten, Bergbau, Betrieb eines Steinbruches, einer Ziegelei ꝛc keine Handelsgewerbe. Diese durch die Wortbedeutung des Ausdruckes „Anschaffung" gebotene Auffassung ist auch in den Motiven des preuß. Entwurfes eines Handelsgesetzbuches (S. 5) und

ebenso schon in den daselbst in Bezug genommenen Motiven des im Jahre 1849 im Auftrage des Reichsjustizministeriums ausgearbeiteten Entwurfes (S. 11) vertreten, auch in den Verhandlungen der zur Beratung des H.G.B.'s niedergesetzten Kommission stets festgehalten worden (Prot. S. 517 flg. 1273 flg. 1291 flg.). In der Litteratur und Judikatur ist sie, nach früherem Schwanken der Praxis,[1] jetzt gleichfalls allgemein anerkannt. Ob bei solchen Gewerben die Rohstoffe aus einem eigenen Grundstücke des Gewerbetreibenden oder aus einem fremden, insbesondere aus einem von ihm gepachteten Grundstücke gewonnen werden, kann keinen Unterschied machen, denn Produzent des Rohstoffes als einer beweglichen Sache ist immer derjenige, welcher den Rohstoff aus der Bodensubstanz ausscheidet und beweglich macht. Wenn man hinsichtlich der Bestimmung des Art. 271 Ziff. 1 der Anschaffung die Selbstproduktion entgegensetzt, so will das „Selbst" in diesem Ausdrucke nur besagen, daß der Gewerbetreibende, welcher die Veräußerung der beweglichen Sachen betreibt, zugleich der Produzent derselben ist. Wer einen gepachteten Steinbruch betreibt, hat sich allerdings für sein Gewerbe etwas angeschafft, aber was er sich angeschafft hat, das sind nicht die fertigen Steine, und das ist auch nicht ein bereits beweglich gewordenes Gestein, sondern die unbewegliche Bodensubstanz, bezw. das Recht auf den Bezug derselben. Und ebenso hat auch derjenige, welcher ein Grundstück kauft, um auf demselben einen Steinbruch zu betreiben, hiermit die unbewegliche Substanz, aus welcher er die Steine herzustellen beabsichtigt, sich angeschafft. Hinsichtlich des Art. 271 Ziff. 1 kommt aber nichts darauf an, in welcher Weise der Gewerbetreibende das Recht der Disposition über die unbewegliche Substanz, aus der er die zu veräußernden beweglichen Sachen herstellt, sich verschafft hat. Auch in den angezogenen Materialien des Handelsgesetzbuches ist nirgends unterschieden zwischen der Produktion von Rohstoffen aus einem eigenen Grundstücke und der Produktion aus einem fremden Grundstücke.[2]

[1] Wegen der Judikatur und Litteratur aus den ersten Zeiten des Handelsgesetzbuches vgl. v. Hahn a. a. O. Anm. 6 zu Art. 271 und Makower, Komm. Anm. 3b zu Art. 271. D. E.

[2] Die Motive des preußischen Entwurfes S. 5 sagen allgemein:
„Dagegen ist erforderlich, daß der Kaufmann die beweglichen Sachen angeschafft und nicht selbst erzeugt habe."

Kann somit die handelsrechtliche Qualität des der Klage zu Grunde liegenden Vertrages, sowie der unter dem Beklagten und N. bestandenen Societät auch aus dem Art. 271 Ziff. 1 H.G.B. nicht begründet

---

und in den Motiven des Entwurfes von 1849 S. 11 ist ebenso allgemein gesagt:

„Die Gewerbe, welche auf die Gewinnung von Urprodukten, Urstoffen gerichtet sind, sind keine Handelsgewerbe. Es gehört hierher namentlich der Ackerbau, — — der Bergbau, die Gewinnung aus Torfmooren und Steinbrüchen."

Das R.O.H.G. hat in vielfachen Entscheidungen anerkannt, daß die Selbstproduktion beweglicher Sachen keine Anschaffung derselben im Sinne des Art. 271 Ziff. 1 H.G.B. sei. Indessen beziehen sich die betreffenden Entscheidungen größtenteils auf Fälle, in welchen der Gewerbetreibende die beweglichen Sachen aus seinem eigenen Grundstücke produziert hatte, und dieser Umstand ist auch zum Teil in der Art betont, als ob auf denselben entscheidendes Gewicht gelegt sei.

Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 9 S. 192; Bd. 11 S. 263 u. 342; Bd. 13 S. 143. Allein ein Grund hierfür ist nirgends angegeben worden, und in einem anderen Erkenntnisse,

Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 13 S. 385,

ist auch in Anwendung auf den Fall einer Bernsteingräberei, welche von den Parteien gemeinschaftlich auf den Grundstücken des Klägers, gegen eine ihm für deren Mitbenutzung vom Beklagten zu zahlende Vergütung, betrieben worden war, und wo somit seitens des Beklagten eine Produktion aus fremden Grundstücken vorlag, allgemein ausgesprochen, daß die Verwertung selbstgewonnener Produkte von dem Bereiche des Handelsgesetzbuches ausgeschlossen sei. Aber Thöl und Behrend haben unter Bezugnahme auf die erstgedachten Entscheidungen des R.O.H.G.'s die Ansicht aufgestellt, daß nur diejenige Produktion, welche der Produzent aus seinem eigenen Grund und Boden vornimmt, keine Anschaffung sei.

Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. Bd. 1 §. 26: „Wenn der Gewerbsmann die selbstgewonnenen (d. h. aus seinem Grund und Boden durch seine Arbeit gewonnenen) beweglichen Sachen gewerbsmäßig weiter veräußert, so ist dies kein Handelsgewerbe."

Behrend, Handelsrecht Bd. 1 S. 107: „Keine Anschaffung im Sinne dieses Gesetzes sind — — die Fälle der sogen. Selbstproduktion: Fruchtbezug, Herstellung beweglicher Sachen aus eigenem Grund und Boden."

Dagegen sehen v. Hahn und Goldschmidt auch die Produktion des Pachters nicht als Anschaffung an.

v. Hahn a. a. O. zu Art. 271 Anm. 7: „Bezahlung eines Entgelts für die Gestattung von originären Erwerbshandlungen (Harzschorfen, Steinbrechen, Jagen ꝛc) ist nicht Anschaffung der zu gewinnenden Sachen."

Goldschmidt, Handelsrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 546: „Ausgeschlossen [nämlich von der Anschaffung] ist jeder Erwerb — — durch Extraktion von

werden, so ist die Anwendung des Handelsrechtes für den vorliegenden Fall nach allen Seiten hin ausgeschlossen. Nach dem gemeinen Rechte aber kann aus einem Vertrage, welchen zwei Gesellschafter, beide in eigener Person, für ihre Gesellschaftsrechnung abgeschlossen haben, eine Solidarhaft derselben nicht hergeleitet werden. Folglich ist das angefochtene Erkenntnis zu vernichten, die Verurteilung des Beklagten auf die Hälfte der eingeklagten Forderung zu beschränken und im übrigen die Klage abzuweisen."

---

3. Kann der Stellvertreter eines Anderen in dieser Eigenschaft mit sich selbst als Stellvertreter eines Dritten einen Vertrag schließen?

I. Civilsenat. Urt. v. 23. November 1881 in S. Ländliche Parzellierungs-Gesellschaft M. eingetr. Genossenschaft (Kl.) w. Kredit-Gesellschaft M. eingetr. Genossenschaft (Bekl.). Rep. I. 82/81.

I. Kreisgericht Wehlau.
II. Oberlandesgericht Königsberg.

In M. bestanden zwei eingetragene Genossenschaften, deren Vorstände aus denselben Personen zusammengesetzt waren. Diese leisteten für beide Genossenschaften die vorkommenden Zahlungen, je nachdem Geldmittel in der Kasse der einen oder der anderen Genossenschaft flüssig waren, bald aus dieser, bald aus jener, rechneten darüber von Zeit zu Zeit ab und trugen das Ergebnis der Abrechnung unter dem Datum derselben in die beiderseitigen Handelsbücher als bar empfangen oder gezahlt ein, ohne die einzelnen Posten, auf welche die Abrechnung sich erstreckte, anzugeben. Nachdem die eine Genossenschaft in Konkurs verfallen war, meldete die andere eine Forderung gegen dieselbe auf Grund eines Kontobuchsauszuges an, ohne die den Abrechnungen zu Grunde

---

Mineralien und Fossilien (mittels Bergbau, Bau von Torfmooren und Steinbrüchen, Thon-, Lehm- und Bernsteingruben)." S. 557: „Die Veräußerungen der Produzenten als solche sind nicht Handelsgeschäfte." S. 685: „Der Betrieb des Bergbaues und anderweitiger Urproduktion ist nicht Handel. Wer Bergwerke, Gruben, Steinbrüche, Torfmoore u. dgl. — — kauft, pachtet oder sonst zu dinglichem oder persönlichem Rechte erwirbt, wenngleich in der Absicht, sie selbst oder die Ausbeute zu veräußern, — kontrahiert über unbewegliche Sachen." D. E.

liegenden Posten anzugeben. Die Klage auf Feststellung dieser im Konkurse bestrittenen Forderung wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen, die hiergegen ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde aber für begründet erklärt.

Aus den Gründen:

„Die Darlehnsforderung, welche sich laut des mit der Klage vorgelegten Kontoauszuges aus Kapitalzahlungen und Zinsen abzüglich empfangener Zahlungen berechnet, ist in erster Instanz abgewiesen und dieses Erkenntnis in zweiter Instanz auf Appellation der Klägerin bestätigt worden.

Das erste Erkenntnis gründete die Abweisung darauf, daß die im Kontoauszuge aufgeführten Debetposten nach der eigenen Darstellung des Klägers nicht sämtlich auf baren Darlehen, sondern zum Teile auf Verrechnungen über früher gewährte oder zurückgezahlte Darlehen beruhen, Klägerin aber unterlassen habe, die diesen Verrechnungen zum Grunde liegenden Geschäfte aufzudecken. Hiergegen machte Klägerin in zweiter Instanz geltend, es habe der Aufdeckung dieser Geschäfte nicht bedurft, weil die stattgehabten Verrechnungen Rechtsgeschäfte seien, welche die dadurch festgestellte Zahlungsverbindlichkeit unabhängig von den in Rechnung gezogenen Geschäften begründen. Der Appellationsrichter sprach aber der Aufrechnung und dem durch sie gewonnenen Ergebnis im vorliegenden Falle die Wirkung eines Schuldbekenntnisses um deswillen ab, weil, wie feststehe, der Vorstand beider Genossenschaften durch dieselben Personen gebildet wurde. Diese Personen, sagt der Appellationsrichter, konnten „nicht zugleich durch Anerkenntnisse sich verpflichten und durch dieselben Anerkenntnisse Rechte erwerben, wenn immer sie für verschiedene Rechtssubjekte handelten; die Kollision der Interessen schloß die Möglichkeit eines rechtswirksamen Anerkenntnisses aus."

Gegen diesen Ausspruch richtet sich der Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde, welche dem Appellationsrichter vorwirft, den Rechtsgrundsatz verkannt zu haben:

„daß die Anerkennung eines Saldos unter Kaufleuten auch dann als Schuldbekenntnis wirkt (richtiger: wirken kann), wenn die beiderseitigen Handelsgesellschaften durch dieselben Personen vertreten werden."

Der Angriff ist begründet, indem die vom Appellationsrichter angenommene Unmöglichkeit, Obligationsverhältnisse zwischen zwei verschiedenen Personen durch einen von dem Vertreter der einen Person mit

sich selbst als Vertreter der anderen Person abgeschlossenen Vertrag zu begründen, nach Handelsrecht nicht anzuerkennen ist,[1] für die vertragsmäßige Feststellung eines Saldo so wenig wie für andere Verträge.

Indem das Handelsgesetzbuch im Anschlusse an die gewohnheitsrechtliche Entwickelung des gemeinen Rechtes und an die Bestimmungen der neueren Gesetzbücher, insbesondere auch des preußischen Allgemeinen Landrechtes, die Möglichkeit einer (eigentlichen oder direkten) Stellvertretung beim Abschlusse obligatorischer Verträge anerkennt und die Vertretung verschiedener Personen durch denselben Vertreter, insbesondere auch die Besetzung des Vorstandes verschiedener eingetragener Genossenschaften mit denselben Personen, nicht untersagt, ergiebt sich auch die Möglichkeit, einen Vertrag zwischen verschiedenen Personen durch deren gemeinsamen Vertreter zu schließen, sofern nur die allgemeinen Voraussetzungen eines jeden Rechtsgeschäftes und die besonderen Voraussetzungen eines Vertragsschlusses vorliegen.

Es kann nicht entgegnet werden, daß niemand Gläubiger und Schuldner in einer Person sein könne. Denn das durch den Vertragsschluß des Stellvertreters begründete Obligationsverhältnis entsteht in der Person des Vertretenen, folglich, wenn der Vertreter zweier verschiedenen Rechtssubjekte eine Verbindlichkeit des einen gegen das andere übernimmt, zwischen den beiden von ihm vertretenen Personen. Es ist daher unrichtig, wenn der Appellationsrichter sagt, daß die für verschiedene Rechtssubjekte handelnden Personen sich verpflichten und (für sich) Rechte erwerben.

Ebensowenig ist ein solcher Vertragsschluß mit dem Begriffe des Vertrages unverträglich. Es ist möglich, daß jemand als Stellvertreter des Einen und als Stellvertreter eines Anderen dasselbe will, z. B. daß jener eine bestimmte Leistung und dieser eine bestimmte Gegenleistung machen soll. Die zum Wesen des Vertrages gehörige wechselseitige Einwilligung, duorum in idem placitum et consensus (A.L.R. I. 5. §. 1; l. 1 §. 2. Dig. de pactis 2, 14; l. 3 pr. Dig. de pollic. 50, 12), ist in diesem Falle vorhanden, wenn einmal die Möglichkeit zugegeben ist, daß beim Vertragsschluß der Wille des Stellvertreters den Willen desjenigen, in dessen Person das Rechtsverhältnis entstehen soll, zu ersetzen vermag.

[1] Über die Unmöglichkeit des Kontrahierens eines in eigenem Namen Handelnden mit sich als ebenfalls in eigenem Namen Handelndem s. Bd. 5 Nr. 14 S. 59. D. R.

Auch wenn die beiden Personen, zwischen denen das Obligationsverhältnis zustande kommen soll, beim Abschlusse des Vertrages ein entgegengesetztes Interesse haben, erscheint der Abschluß desselben durch einen gemeinsamen Vertreter nicht ausgeschlossen. Am wenigsten unterliegt dies dann einem Bedenken, wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrages nicht von dem Belieben des Vertreters abhängt, sondern ihm durch die von ihm vertretene Person vorgeschrieben oder von einem seiner Einwirkung unzugänglichen Umstande, z. B. dem Ausgange einer Versteigerung, dem Ermessen eines Dritten, dem zeitweiligen Marktpreise, abhängig gemacht ist. Aber auch wenn der Inhalt des abzuschließenden Vertrages durch den Willen des Vertreters erst bestimmt werden soll und die ins Auge gefaßten Vertragsbedingungen sich desto günstiger für den einen Teil gestalten, je ungünstiger sie für den anderen Teil sind, kann doch ein Punkt gefunden werden, in welchem diese Verschiedenheit sich in Übereinstimmung auflöst, nämlich wenn die Vertragsbedingungen als die unter den obwaltenden Umständen für jeden der beiden Teile erreichbar günstigsten erscheinen. Jeder der beiden Teile hat dies von seinem Standpunkte aus zu prüfen, und wenn die Parteien andere Personen mit dieser Prüfung betraut haben, so ist von diesen die Prüfung vorzunehmen. Treffen die Vertretungen in einer Person zusammen, so ist dieselbe wohl imstande, die Prüfung von den verschiedenen Standpunkten aus vorzunehmen und hierbei zu dem Ergebnis zu gelangen, daß gewisse Bedingungen als die erreichbar günstigsten dem Interesse beider Teile entsprechen. Nur wenn man von der für den wirklichen Verkehr nicht maßgebenden Anschauung ausginge, es sei die Aufgabe der mit dem Abschluß von Geschäften betrauten Personen, den anderen Teil zu übervorteilen, würde sich die Unthunlichkeit des Abschlusses durch einen gemeinsamen Vertreter ergeben.

Mit diesem aus der Natur der Sache sich ergebenden Resultate stehen auch die Bestimmungen des positiven Rechtes im Einklange. Schon das römische Recht, welches den Abschluß obligatorischer Verträge durch freiwillig bestellte Vertreter nicht zuläßt und aus diesem Grunde die hier erörterte Frage in Beziehung auf solche Vertreter nicht behandelt, anerkennt wenigstens in betreff des Tutor die Wirksamkeit von Zahlungen, welche er an sich selbst als Gläubiger des Mündels aus dessen Vermögen oder als Schuldner des Mündels aus seinem eigenen Vermögen an sich selbst als Vormund leistet (l. 9 §. 5 Dig. de

adm. et peric. tut. 26, 7), von Darlehen, welche er sich selbst aus dem Vermögen des Mündels oder welche er sich als Vormund aus seinem eigenen Vermögen gewährt (l. 9 §. 7 Dig. eod.), und von Kaufverträgen, durch welche er von ihm zum Verkaufe gebrachte Sachen des Mündels im Wege der öffentlichen Versteigerung selbst erwirbt (l. 5 §. 4 Dig. de auct. et cons. 26, 8; l. 5 Cod. de contrah. emt. 4, 38).

Vgl. Römer, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19 S. 67 flg.

Auch im preußischen Allgemeinen Landrecht ist die Möglichkeit anerkannt, daß der Vater zu dem nicht freien Vermögen der Kinder gehörige Kapitalien einzieht und anstatt anderweitiger Belegung derselben sich selbst zum Schuldner der Kinder dafür bestellt (II. 2. §. 169), und die Fassung des §. 22 I. 13 in Verbindung mit §§. 25. 27 das. läßt darauf schließen, daß der Gesetzgeber es für möglich hält, daß ein Bevollmächtigter im Auftrage und Namen verschiedener Personen, deren Interesse einander entgegenläuft, zwischen diesen einen Vertrag abschließt.

Vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht 2. Aufl. Bd. 2 §. 181 Note 11.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechtes Bd. 1 S. 345.

Der Ansicht des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts (Entsch. Bd. 8 S. 393), es sei nach den Grundsätzen des Civilrechtes wie des Handelsrechts, von besonderen Ausnahmen abgesehen, rechtlich unmöglich, daß bei einem Vertrage die Stellen einander gegenüberstehender Kontrahenten durch eine und dieselbe Person vertreten werden, ist demnach nicht beizustimmen und das auf dieser Ansicht beruhende angefochtene Erkenntnis zu vernichten. —

Wenn aber auch die Möglichkeit zugegeben wird, daß der Stellvertreter einer Person mit sich selbst im eigenen Namen oder namens einer von ihm ebenfalls vertretenen anderen Person Verträge schließt, so können doch dem Zustandekommen eines derartigen Vertrages im einzelnen Falle Hindernisse entgegenstehen, welche sich aus besonderen gesetzlichen Vorschriften oder aus dem Willen der Vertretenen oder aus den allgemeinen Grundsätzen über die Schließung von Verträgen ergeben. Es bedarf daher in der Sache selbst der Untersuchung, ob in Beziehung auf die von der Klägerin behaupteten Abrechnungsgeschäfte solche Hindernisse obwalten. Es ist

1. möglich, daß gesetzliche Vorschriften bestehen, welche für

gewisse Klassen von Vertretern, allgemein oder für gewisse Arten von Rechtsgeschäften, den Abschluß von Verträgen untersagen, bei welchen das eigene Interesse des Vertreters oder das Interesse einer ebenfalls von ihm vertretenen anderen Person beteiligt ist. Solche Vorschriften, welche z. B. in betreff des Vaters und Vormundes bestehen (A.L.R. II. 18. §§. 29. 46; Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 §. 86), gelten für den Vorstand eingetragener Genossenschaften nicht.

2. Es ist möglich, daß die Vollmacht zur Vertretung eines Anderen nach dem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten oder zu vermutenden Willen des Machtgebers sich nicht soweit erstreckt, daß der Bevollmächtigte auch in solchen Fällen zur Vertretung ermächtigt ist, wo das Interesse des Bevollmächtigten oder eines von ihm zu vertretenden Dritten dem Interesse des Machtgebers widerstreitet (A.L.R. I. 13. §§. 21—28; II. 6. §. 151). Eine solche Beschränkung findet jedoch bei dem Vorstande einer eingetragenen Genossenschaft nicht statt, welcher nach §§. 20. 21 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 eine nach außen hin unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht zur Vertretung der Genossenschaft bei den in ihrem Namen geschlossenen Rechtsgeschäften hat.

3. Die Unwirksamkeit des von dem Stellvertreter eines Anderen mit sich in eigenem oder fremdem Namen abzuschließenden Vertrages kann darauf beruhen, daß es an der auch in diesem Falle erforderlichen gegenseitigen Erklärung des Vertragswillens mangelt, durch welche der Vertrag erst zustande kommt, sodaß von da ab eine einseitige Zurücknahme nicht mehr stattfindet. Im vorliegenden Falle ist dieses Erfordernis aber als vorhanden anzunehmen, wenn das Ergebnis der Abrechnungsgeschäfte durch die seitens der gemeinsamen Vertreter bewirkte gleichmäßige Eintragung desselben in die Handelsbücher beider Genossenschaften zur Kenntnis derselben gebracht und gegenseitig als verpflichtend anerkannt worden ist. Zwar erscheint die Eintragung im Handelsbuche an sich als ein einseitiger Akt, welchen der Buchführer im Interesse des Geschäftsherrn vornimmt, um die Erinnerung an den gebuchten Vorgang und dessen Beweis zu sichern. Aber im Zusammenhange mit dem Abrechnungsgeschäfte stellen sich die Einträge in den beiderseitigen Handelsbüchern als das Mittel dar, durch welches die Vertreter der beiden miteinander abrechnenden Genossenschaften das Ergebnis dieses Geschäftes nach beiden Seiten hin den im Besitz der Bücher

befindlichen Genossenschaften mitteilten und den Vertragswillen unwiderruflich zum Ausdruck brachten. Ob die angeführte l. 9 §. 7 Dig. de adm. et per. tut. in den Worten sibi mutuam proscribendo auf einen Fall dieser Art zu beziehen ist (Römer a. a. O. S. 73), kann dahingestellt bleiben.

4. Wenn der gemeinsame Vertreter seine Doppelstellung dazu mißbraucht, unter Hintansetzung des Interesses des einen Teiles den Vertrag zum alleinigen Vorteil des anderen Teiles abzuschließen, ist der Benachteiligte berechtigt, wegen Arglist des Vertreters den Vertrag anzufechten. Ist der Vertreter eines einzelnen Kontrahenten sich bewußt, beim Abschlusse des Vertrages die Interessen seines Vollmachtgebers zu verletzen, so erwächst hieraus dem letzteren das Recht zur Anfechtung des Vertrages nur dann, wenn auch der andere Kontrahent oder dessen Vertreter davon Kenntnis hatte, also mit jenem kolludierte; es liegt ihm daher der Beweis sowohl der Arglist seines Vertreters als der Teilnahme des anderen Kontrahenten oder dessen Vertreters an der geübten Arglist ob. Dieses doppelten Beweises bedarf es nicht, wenn eine und dieselbe Person beide vertragschließende Teile vertritt. Hat der Vertreter des Benachteiligten die Interessen desselben wissentlich verletzt, so ist in diesem Falle hiermit die Teilnahme des Vertreters des anderen Kontrahenten von selbst gegeben. Von einer Anfechtung des Vertrages wegen Arglist ist aber im vorliegenden Falle keine Rede. Die Beklagte hat nicht einmal behauptet, durch die von den gemeinsamen Vertretern geschlossenen Abrechnungen benachteiligt worden zu sein, viel weniger, daß solches wissentlich geschehen sei.

Die rechtliche Wirksamkeit der von der Klägerin schon in der Klageschrift erwähnten und in der Appellationsrechtfertigungsschrift von neuem geltend gemachten Abrechnungsgeschäfte ist demnach nicht zu beanstanden."

---

4. Wird der redliche Erwerb im Sinne Artt. 306 u. 307 H.G.B. auch dadurch ausgeschlossen, daß die Unbekanntschaft des Erwerbers mit dem seinem Erwerbe entgegenstehenden Hindernisse auf eine grobe Verschuldung, einen unentschuldbaren Irrtum desselben zurückzuführen ist?

I. Civilsenat. Urt. v. 14. Dezember 1881 i. S. der Versicherungsgesellschaft Providentia zu Frankfurt a. M. (Kl.) w. G. Witwe & Sohn i. H. (Bekl.) Rep. I. 624/81.[1]

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Nach den Feststellungen der vorderrichterlichen Urteile sandte A. M. zu Frankfurt a. M. am 11. November 1880 ihm gehörige acht Stück norwegische Obligationen 6706, 7201/7 à 100 £ vom Jahre 1878 mittels eingeschriebenen Briefes an J. H. in Paris. Der Brief wurde mit anderen Einschreibsendungen dem Briefträger in Paris geraubt. Der Absender hatte bei der Klägerin, Revisionsbeklagten, die Sendung für 17 100 ℳ versichert, erhielt die versicherte Summe nebst Kosten mit 17 213,50 ℳ von ihr ausgezahlt und übertrug ihr dagegen alle ihm aus dem Schadensfalle gegen Dritte erwachsenden Rechte.

In Berlin, wie an anderen Orten, wurden Maßnahmen zur Wiedererlangung der Papiere getroffen. Der Raub ist durch die Berliner Börsenblätter und durch Anschlag an der Börse veröffentlicht, außerdem hat die Polizeibehörde die sämtlichen Revierpolizeibureaus beauftragt, die Bankiers von dem Diebstahle unter Bezeichnung der gestohlenen Effekten nach Gattung und Nummern zu benachrichtigen. Diese Benachrichtigung ist auch am 13. November 1880 auf dem Kontor der Bankiers H. & Co. gemacht, wo der dieselbe entgegennehmende Buchhalter in das dazu bestimmte Buch eine bezügliche Notiz eingetragen hat. Es hat nun aber ein Mitinhaber der Firma H. & Co., M. H., am 18. Dezember 1880 drei der gestohlenen Papiere, Nr. 7205—7207, zum Kurse von 104% für 6 364,80 ℳ von einem Manne, der thatsächlich Mitschuldiger an dem Raube gewesen ist, angekauft. H. & Co. haben diese Papiere, weil sie in Berlin nicht gehandelt werden, nach Hamburg zum Verkaufe an die Revisionskläger gesandt. Die Hamburger Polizei hat die Revisionskläger ersucht, die Papiere an sich zu halten. Die Revisionsbeklagte hat gegen die Revisionskläger bei dem Landgericht Hamburg Klage auf Herausgabe der Papiere erhoben, indem sie sich darauf berufen hat, daß H. & Co. nicht als gutgläubige Erwerber zu betrachten seien, da sie wissen mußten, daß die Effekten gestohlen seien, und wenn sie sich in einem Irrtume befanden, dieser

[1] Vgl. unten Nr. 23 S. 86.

Irrtum ein selbstverschuldeter war. Beklagte haben den guten Glauben von H. & Co. behauptet. Das Landgericht Hamburg hat die Beklagten zur Herausgabe der Papiere verurteilt und das Oberlandesgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten verworfen.

Das Hanseatische Oberlandesgericht nimmt mit dem Landgerichte an, daß H. & Co. als redliche Erwerber im Sinne von Art. 306 H.G.B. nicht angesehen werden können. Der redliche Erwerb sei nicht nur dann ausgeschlossen, wenn der Erwerber das Hindernis thatsächlich kannte, sondern auch schon, wenn nur die Nichtkenntnis auf einem groben Verschulden beruhe, in welcher Beziehung auf die Ausführungen von Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 9 S. 29 flg. und Handbuch des Handelsrechts §. 80 Bezug genommen wird. Nun brauche nicht entschieden zu werden, ob schon die Nichtberücksichtigung der betreffenden Börsenaushänge und der erfolgten Publikationen in öffentlichen Blättern ein grobes Verschulden darstellen würde. Ein grobes Verschulden müsse mit dem Landgerichte darin gefunden werden, daß der den Ankauf besorgende Teilhaber sich um das für die Eintragung von als gestohlen angemeldeten Papieren bestimmte Buch, dessen Existenz und Zweck ihm als Teilhaber der Firma nicht unbekannt gewesen sein könne, gar nicht bekümmert habe, zumal er sich doch veranlaßt sah, den Verkäufer als einen ihm Unbekannten nach seiner Legitimation zu fragen. In dem landgerichtlichen Urteile ist noch erwogen, im vorliegenden Falle sei, wie ein geschäftskundiger Bankier nicht bezweifeln könne, zur Zeit des Ankaufes noch nicht lange Zeit genug seit der Anzeige von dem Diebstahle vergangen, um eine Vermutung für den rechtmäßigen Besitz des Verkäufers zuzulassen.

Das Reichsgericht hat die vom Beklagten gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichtes eingelegte Revision zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Art. 306 H.G.B. hat den Begriff des redlichen Erwerbes nicht definiert. Nach den Protokollen zum Handelsgesetzbuche wollte man die Frage, ob der redliche Erwerb durch grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen würde, deshalb nicht entscheiden, weil sie von allgemeiner civilrechtlicher Bedeutung sei. Man darf deshalb auch nicht annehmen, daß die Frage damit entschieden sei, daß im letzten Satze des ersten Absatzes Art. 306 die Erlöschung des früher begründeten Pfandrechtes oder sonstigen dinglichen Rechtes auf den Fall beschränkt ist, daß das-

selbe dem Erwerber bei der Veräußerung unbekannt war. Civilrechtlich gilt aber der nicht als redlicher Erwerber, welchem hätte bekannt sein müssen, daß er mit der Aneignung objektiv ein Unrecht begeht, wenn seine Unbekanntschaft mit dem seinem Erwerbe entgegenstehenden Hindernis auf grobes Verschulden, auf einen nicht entschuldbaren Irrtum zurückzuführen ist.

Dies entspricht zunächst für das gemeine Recht und bezüglich des Erwerbes durch ordentliche wie außerordentliche Ersitzung der herrschenden Lehre — Vangerow, Pandekten Bd. 1 §. 325; Windscheid, Pandekten Bd. 1 §. 183; Bruns, Wesen der bona fides S. 14 flg. 87 flg.; Urteil der Juristenfakultät Rostock im Archiv für civilistische Praxis Bd. 57 S. 277 flg.

Denselben Grundsatz hat das bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen in §. 267 für die Ersitzung aufgestellt.

Noch weiter gehen die Bestimmungen des Preuß. Allg. Landrechts. In I. 7. §. 11 wird zwar als unredlicher Besitzer definiert derjenige, welcher weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitzt. Sodann wird aber hinzugefügt (§. 13): „Ein bloßer Irrtum in Thatsachen schadet der Redlichkeit des Besitzes nicht, sobald nur der Irrende nicht durch grobes oder mäßiges Versehen in einen solchen Irrtum geraten ist"; (§. 15): „Wer schon zur Zeit der Erwerbung des Besitzes bei der Anwendung eines gewöhnlichen Grades von Aufmerksamkeit Ursache hatte, an der Gültigkeit seines Besitztitels zu zweifeln, und sich demnoch ohne weitere Untersuchung den Besitz zueignet, der wird bei einer in der Folge sich offenbarenden Unrechtmäßigkeit desselben einem unredlichen Besitzer gleichgeachtet." Aus dem Gesetzbuche ergiebt sich nicht, daß diese Bestimmungen in Bezug auf die Zulässigkeit der Vindikation abhanden gekommener Inhaberpapiere nicht hätten angewendet werden sollen.

Nach A.L.R. I. 15. §. 47 können Inhaberpapiere, welche nicht außer Kurs gesetzt worden, von dem redlichen Besitzer aus lästigem Titel nicht zurückgefordert werden. Das Gesetz ordnet hierbei nicht an, daß unter dem redlichen Besitzer eines Inhaberpapieres etwas anderes zu verstehen sei, als unter dem redlichen Besitzer anderer Sachen. Allerdings wird in den §§. 52 und 53 bestimmt, die öffentliche Bekanntmachung der Entwendung oder des Verlustes eines Inhaberpapieres sei noch nicht hinreichend, denjenigen, welcher dasselbe vorher oder nachher an sich

bringt, als einen unredlichen Besitzer darzustellen, vielmehr soll die öffentliche Bekanntmachung diese Wirkung nur dann haben, wenn der Besitzer zur Zeit des Erwerbes davon Wissenschaft gehabt hat. Daraus ergiebt sich aber nur, daß das Allgemeine Landrecht dem Publikum nicht allgemein die Verpflichtung auferlegt, sich nach öffentlichen Bekanntmachungen, durch welche der Verlust von Inhaberpapieren zur Kenntnis gebracht wird, zu erkundigen. Es folgt aus jener Bestimmung aber nicht, daß wenn nach anderen Richtungen eine Erkundigungspflicht anzunehmen ist, derjenige, welcher erwirbt, ohne diese Pflicht zu erfüllen, zwar bei dem Erwerbe anderer Gegenstände als unredlicher Besitzer, bei dem Erwerbe von Inhaberpapieren aber als redlicher Besitzer zu gelten habe.

Hat nun das moderne Recht, insonderheit das Handelsgesetzbuch, dem redlichen Erwerbe von Inhaberpapieren die Wirkung zugesprochen, daß nicht bloß die Vindikation ausgeschlossen, sondern Eigentum und zwar sofort, ohne Hinzutritt eines Zeitablaufes, erworben wird, auch wenn der Veräußernde nicht berechtigt war, Eigentum zu übertragen, und selbst wenn die Papiere gestohlen waren, so darf angenommen werden, daß dieser Erwerb bezüglich des Erfordernisses der Redlichkeit auf keine wesentlich andere Grundlage gestellt worden ist, als wie dieselbe in den weiten Rechtsgebieten des gemeinen Rechtes bezüglich des Erwerbes durch Ersitzung, und in dem preußischen Allgemeinen Landrecht allgemein verstanden worden ist. Es läßt sich nicht annehmen, daß der Erwerb von Inhaberpapieren noch weiter habe privilegiert werden sollen, als sich aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches in Zusammenhalt mit jenen civilrechtlichen Grundsätzen ergiebt. Aus der besonderen Natur der zum Kursieren bestimmten Inhaberpapiere läßt sich wohl folgern, daß derjenige, welchem Inhaberpapiere zum Erwerbe angeboten werden, nicht verpflichtet sein soll, in demselben Maße wie bei anderen Sachen, welche der Eigentümer dem dritten Besitzer unbeschränkt oder doch in weiterem Umfange abfordern darf, die Legitimation des Veräußerers zu prüfen, wenn die Umstände zu solcher Prüfung keinen Anlaß bieten. Wird aber durch die Umstände Grund zu einer Prüfung geboten, so muß gerade die Gefahr, welche dem Eigentümer aus der leichten Übertragbarkeit jener Papiere erwächst, dem redlichen Manne die Verpflichtung auferlegen, sich dieser Prüfung nicht zu entziehen.

Durch Art. 305 H.G.B. wird die Bestimmung des Art. 74 W.O. auf alle Papiere ausgedehnt, welche an Order lauten und welche durch Indossament übertragen werden können. Hiernach kann derjenige, welcher ein solches Papier durch ordnungsmäßiges Indossament erworben hat, zur Herausgabe desselben angehalten werden, wenn er dasselbe in bösem Glauben erworben hat, oder wenn ihm bei der Erwerbung des Papieres eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Im Zusammenhalt mit jenen civilrechtlichen Bestimmungen entspricht es dem Geiste des Handelsgesetzbuches, das in Art. 305 bezüglich der indossabelen Orderpapiere ausgesprochene Prinzip auf die Bestimmungen der Artt. 306 und 307 anzuwenden, sodaß als redlicher Erwerber nicht bloß derjenige nicht zu gelten hat, welcher die Unrechtmäßigkeit seines Erwerbes kannte, sondern auch derjenige, bei welchem die Unbekanntschaft mit den seinem Erwerbe entgegenstehenden rechtlichen Hindernissen auf eine grobe Verschuldung, auf einen unentschuldbaren Irrtum zurückzuführen ist.

Unterstützt wird diese Annahme durch folgende Erwägung. Wie sehr es dem modernen Bewußtsein entspricht, daß bei Erwerbungen nicht allein das als entscheidend angesehen wird, was der Erwerbende thatsächlich wirklich geglaubt hat, sondern was er zu glauben als redlicher Mann befugt war, was er hätte glauben müssen, ergiebt sich auch aus dem Gange der Strafgesetzgebung. Nach dem Vorgange des bremischen Entwurfes und in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des hamburgischen Strafgesetzbuches von 1869, des sächsischen revidierten Strafgesetzbuches von 1868 hat das Deutsche Strafgesetzbuch in §. 259 die Bestimmung getroffen:

> „Wer seines Vorteiles wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, ... ankauft .... oder sonst ansichbringt, wird als Hehler mit Gefängnis bestraft."

Damit ist auch die grobe Fahrlässigkeit desjenigen Käufers ꝛc unter Strafe gestellt, welcher zwar den strafbaren Erfolg seines Handelns nicht gewollt, aber sich der Erwägung der ihm bekannten Umstände, nach welcher sich ihm die Überzeugung von der Rechtswidrigkeit seiner Handlungen hätte aufdringen müssen, schuldhaft entzogen hat: eine culpa lata nach dieser Richtung, welche dem Dolus gleichgestellt ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 2 Nr. 57 S. 140 flg.

Als redlich kann eine Erwerbshandlung nicht gelten, welche gerade

nach der Richtung, in Bezug auf welche die Redlichkeit in Frage steht, ein strafbares Vergehen, unter Umständen ein Verbrechen — §. 260 — darstellt. Wollte man aber die grobe Fahrlässigkeit bei der civilrechtlichen Beurteilung der Redlichkeit des Erwerbes gänzlich ausscheiden, jeden Erwerb als rechtlichen gelten lassen, bei welchem der Erwerber sich nur nicht effektiv der Unrechtmäßigkeit der Erwerbung bewußt geworden ist, so würde man zu dem Resultate kommen, daß eine Erwerbshandlung, welche der Strafrichter aus dem vorbezeichneten Grunde als ein Vergehen oder Verbrechen zu qualifizieren hat, von dem Civilrichter als eine vollwirksame Handlung eines redlichen Mannes anerkannt werden müßte. Ein so grober Widerspruch in der Gesetzgebung desselben Rechtsgebietes würde sich ohne zwingende Gründe nicht annehmen lassen. . . .

Auch darin kann eine Gesetzesverletzung nicht gefunden werden, daß das Oberlandesgericht eine grobe Fahrlässigkeit des Bankiers H. darin gefunden hat, daß dieser den Ankauf der als gestohlen polizeilich im Kontor des Bankierhauses angemeldeten Papiere bewirkt hat, ohne sich um das für die Eintragung solcher Papiere bestimmte Buch zu kümmern. Die Sicherheit des Verkehres, Treu und Glauben fordern es als die erste Pflicht eines Kaufmannes, daß derselbe in seinem Geschäfte Einrichtungen trifft und auf die Benutzung derselben hält, durch welche Vorkommnisse wie die vorliegenden ausgeschlossen werden. Die Vernachlässigung einer solchen Pflicht ist eine grobe Fahrlässigkeit, der Irrtum des H. darüber, daß die Papiere, welche ihm angeboten wurden, gestohlen worden waren, ist angesichts der Thatsache, daß zuvor eine amtliche Benachrichtigung im Kontor erfolgt ist, durch welche der Ankauf ausgeschlossen werden sollte, diese Mitteilung schriftlich fixiert ist, sodaß sie jeweilig eingesehen werden konnte, aber von dem den Ankauf bewirkenden H. nicht eingesehen worden ist, mit Recht als unentschuldbar angesehen worden. Damit ist die Annahme einer groben Verschuldung genügend gerechtfertigt.

Daß sich auch diese Unentschuldbarkeit des Irrtums und die dem H. beigemessene grobe Verschuldung nach der Feststellung des zweitinstanzlichen Urteils nicht bloß auf den Umstand bezog, daß die Papiere irgend einmal einem früheren Eigentümer entwendet waren, daß vielmehr jene Entwendung einen Schluß auf die Unrechtmäßigkeit des derzeitigen Besitzers und Verkäufers nahelegte, sodaß H., wenn er das

betreffende Buch eingesehen hätte, sich diesem Schlusse nicht hätte entziehen können, hat das Oberlandesgericht in deutlicher Weise zum Ausdrucke gebracht. Denn einmal erachtet dasselbe im allgemeinen den redlichen Erwerb ausgeschlossen, wenn der Erwerber das Hindernis (nämlich seines Erwerbes) nur aus einem ihm als grobes Verschulden anzurechnenden Grunde nicht kannte. Sodann aber wird die landgerichtliche Feststellung des groben Verschuldens, soweit sie ein solches aus der Unterlassung der Einsichtnahme in das betreffende Buch abgeleitet, bestätigt. Das Landgericht hat aber, wie im Thatbestande dieses Urteiles angeführt ist, die Thatsache, daß die Papiere gestohlen waren, mit der Unrechtmäßigkeit des Besitzes des Verkäufers der Papiere in Beziehung gesetzt und die grobe Verschuldung von H. auch nach dieser Seite begründet." ...

---

5. Statutenkollision; Verjährung des Wechselanspruches an den Acceptanten eines domizilierten Wechsels.

III. Civilsenat. Urt. v. 17. Januar 1882 i. S. W. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. III. 141/81.

I. Landgericht Bückeburg.
II. Plenum desselben Gerichtes.

Der in Berlin wohnhafte Ch. zog unter dem 26. Septbr. 1862 einen aus Berlin datierten Wechsel über 200 Thlr., zahlbar nach drei Monaten bei G. B. in Berlin, auf den in Bückeburg wohnhaften L., welcher diesen Wechsel acceptierte; der Ort der Ausstellung des Acceptes war in dem Wechsel nicht angegeben; der Wechsel wurde demnächst mangels Zahlung protestiert und im Rücklaufe von dem Indossanten W. eingelöst. Letzterer meldete die somit auf ihn übergegangene Wechselforderung im Jahre 1871 in dem über den Nachlaß des verstorbenen Acceptanten erkannten Konkurse an mit der Bitte, dieselbe als Konkursforderung zu locieren. Der Kontradiktor schützte die Einrede der dreijährigen Wechselverjährung aus Art. 77 W.O. vor. Der Liquidant entgegnete: Die Verjährungsfrage sei zu beurteilen

nach dem Rechte des Wohnortes des Schuldners, eventuell nach dem Rechte des Ortes der Eingehung der Forderung, also im vorliegenden Falle nach dem Orte der Ausstellung des Acceptes, und dieses sei von L. in seinem Wohnorte Bückeburg ausgestellt worden; in Bückeburg sei die Allgemeine Deutsche Wechselordnung erst eingeführt worden durch eine Verordnung vom 28. November 1862, und zwar mit der Bestimmung, daß dieselbe am 1. Januar 1863 ohne Rückwirkung in Kraft trete; bis dahin seien daselbst die Wechselverbindlichkeiten der gemeinrechtlichen dreißigjährigen Verjährung unterworfen gewesen, die daher auch vorliegend zur Anwendung zu kommen habe und noch nicht abgelaufen sei. Der beklagte Kontradiktor suchte dagegen auszuführen, daß für die Verjährung der Forderung aus dem Accepte eines domizilierten Wechsels das Recht des Domizilortes, eventuell das Recht des Ortes der Ausstellung der Tratte maßgebend sei; für alle Fälle behauptete er, daß das Accept von L. in Berlin vollzogen worden sei.

Beide Vorinstanzen hielten die Allgemeine Deutsche Wechselordnung für anwendbar und demnach die Verjährungseinrede für begründet. Die Oberappellation des Liquidanten wurde verworfen aus folgenden

Gründen:

„Die Wechselverjährung ist, ebenso wie die Verjährung überhaupt, nicht ein prozeßrechtliches Institut, sondern ein materiellrechtlicher Grund der Aufhebung der Obligation. Hieraus folgt, daß dieselbe zu beurteilen ist nach demjenigen örtlichen Rechte, welches das gesamte Obligationsverhältnis überhaupt beherrscht. ...

Die Vorinstanz hat mit Recht angenommen, daß der Trassant und der Acceptant des Wechsels dadurch, daß sie den Wechsel in Berlin zahlbar gemacht haben, die Wechselverbindlichkeit des Acceptanten dem in Berlin geltenden Rechte unterworfen haben. Durch die Domizilierung des Wechsels ist der Domizilort zum Sitze der Wechselobligation gemacht. Da die Zahlung der Wechselsumme nur gegen Aushändigung des Wechsels verlangt werden kann, so sollte nach der in der Domizilklausel ausgedrückten Vertragsabsicht die Wechselverbindlichkeit des Acceptanten in Berlin zwischen ihm und dem derzeitigen Inhaber des Wechsels einerseits durch Zahlung und andererseits durch Rückgabe des Wechsels zur vollständigen und förmlichen Erledigung gebracht werden, und es muß daher die Erledigung der Wechselobli-

gation und folglich die ganze Obligation nach dem in Berlin geltenden Rechte beurteilt werden."[1] ...

---

6. Ist bei der sogenannten abstrakten Schadensberechnung im Sinne des Artikels 357 Abs. 3 H.G.B. der Regel nach der Marktpreis des Ablieferungsortes entscheidend?

III. Civilsenat. Urt. v. 10. Januar 1882 i. S. H. (Kl.) w. D. (Bekl.) Rep. III. 506/81.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der in Frage kommende Vertrag verpflichtet den Beklagten, vom 1. März 1880 bis 1. März 1881 monatlich eine bestimmte Quantität Holzstoff zu liefern, er überläßt ihm also innerhalb der monatlichen Termine sowohl den Zeitpunkt als die Größe der einzelnen Lieferung und hat eben damit nicht festgesetzt, was das charakteristische Merkmal des Fixgeschäftes wäre, daß die Lieferung der Ware genau zu einer festbestimmten Frist zu geschehen habe, mit anderen Worten, daß die Innehaltung einer gewissen Zeit oder Frist einen wesentlichen Bestandteil seiner Leistung bilden solle.

Vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd 1 S. 241.

Ist somit der fragliche Vertrag kein Fixgeschäft, so ist zwar gleichwohl das Schadensersatzprinzip des Art. 357 Abs. 3 H.G.B., weil aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgend, auch im vorliegenden Falle zutreffend (Entsch. des R.G.'s a. a. O.), bei dessen Anwendung aber muß der schon von dem Berufungsrichter hervorgehobene Gesichtspunkt entscheiden.

Wenn nämlich der Käufer beim Verzuge des Verkäufers nicht einen durch die Nichtlieferung der Ware ihm erwachsenen konkreten Schaden ersetzt verlangt, sondern, wie dies vom Kläger in zweiter

[1] Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 Nr. 51 S. 126; Bd. 2 Nr. 6 S. 13, sowie das in Seuffert, Arch. Bd. 35 Nr. 87 mitgeteilte Urteil des Reichsgerichts. D. E.

Instanz geschieht, eine sogenannte abstrakte Wertsberechnung aufstellt, also die Differenz zwischen dem bedungenen Preise der Ware und ihrem Marktpreise fordert, so wird für letzteren der Regel nach nur der Ablieferungsort, das ist derjenige Ort bestimmend sein, an welchem nach der Absicht der Kontrahenten die Ware thatsächlich abgeliefert und vom Käufer in Empfang genommen werden soll. An letzterem Orte würde der Käufer die Ware, falls sie vertragsmäßig geliefert worden, in sein Vermögen bekommen und zu seinen Geschäftszwecken verwendet haben; hier also wird der Käufer beim Ausbleiben der Ware geschädigt und sein Anspruch auf Ausgleichung dieses Schadens ist deshalb regelmäßig nach den Preisverhältnissen des gedachten Ortes zu bemessen.

Vgl. Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 21 S. 248;

v. Hahn, Komm. z. Handelsgesetzbuch Bd. 2 (2. Aufl.) S. 404 Note 22.

Hiernach ist als der für die klägerische Schadensberechnung maßgebende Ablieferungsort Brüssel in Betracht zu nehmen. Der Holzstofffabrikant O. D. zu Allendorf, Beklagter, hatte sich verpflichtet, dem in Brüssel domizilierten Fabrikanten L. H., Kläger, Holzstoffe „frei ab Allendorf" zu liefern, somit in Allendorf die zu liefernde Ware zur Beförderung an H. in Brüssel aufzugeben. Darin liegt unzweideutig ausgesprochen, daß Brüssel der Ort der Bestimmung oder Ablieferung der Ware sein sollte.

Mithin hätte der Kläger seinen Ersatzanspruch auf die Differenz zu stellen zwischen den bedungenen Preisen einerseits und den in Brüssel zu der betreffenden Lieferungszeit geltenden Preisen andererseits. Die Liquidierung dieser Differenz gehörte zu den notwendigen Voraussetzungen seiner Schadensberechnung, zu den Elementen seiner Klage, und es muß ganz gleichgültig erscheinen, ob der Beklagte ausdrücklich hervorgehoben hat oder nicht, daß die Brüsseler Tagespreise ein unentbehrlicher Faktor für die klägerische Schadensforderung seien.

Nun hat aber laut den thatsächlichen Feststellungen des Berufungsrichters der Kläger nirgends eine Behauptung aufgestellt, wie hoch die Brüsseler Preise in der fraglichen Zeit gewesen, und daß die Differenz zwischen ihnen und den bedungenen Preisen den Betrag der Klageforderung ausmache. Die Behauptung des Klägers geht nur dahin, „sein Schaden bestehe in der Differenz zwischen den vereinbarten Kaufpreisen und denjenigen Preisen, zu welchen der gekaufte Holzstoff an

jedem ersten des Monats in Allendorf, Kassel, Frankfurt a. M., Braunschweig und Goslar verwertbar gewesen sei." Zwar ist wohl denkbar, daß bei einer abstrakten Schadensberechnung im Sinne des Art. 357 Abs. 3 H.G.B. der Preis des maßgebenden (Ablieferungs-) Ortes durch den Marktpreis anderer benachbarter Orte bestimmt oder bewiesen wird (vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 14 S. 141; v. Hahn, Kommentar a. a. O. §. 11), aber darum handelt es sich bei dem oben erwähnten klägerischen Vorbringen nicht. Denn der Kläger hat gar nicht behauptet, daß und welche Differenz bezüglich der allein in Betracht kommenden Brüsseler Preise bestehe, und daß er eben auf Grund dieser Differenz seinen Schadensanspruch erhebe; er verlangt die Differenz, die sich bezüglich Allendorfs und anderer deutscher Plätze ergiebt, leitet also seinen Schaden von Marktpreisen ab, die nach den Verhältnissen des konkreten Falles irrelevant sind." ...

7. Darf das Aufführungsrecht eines dramatischen Werkes, welches eine ständige Bühne (eine Hofbühne) erworben hat, ohne neue Erlaubnis auch auf einer weiteren Bühne ausgeübt werden, welche in der Folge von der Verwaltung der betreffenden Hofbühne in Pacht und unter ihre Leitung übernommen worden ist?[1]

II. Civilsenat. Urt. v. 13. Januar 1882 i. S. B. (Kl.) w. Hoftheater in Dresden (Bekl.). Rep. II. 224/81.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Im Jahre 1831 hat die Generaldirektion des Königl. Hoftheaters zu Dresden gegen Bezahlung eines einmaligen Honorares von 15 Stück Dukaten die Befugnis zur Aufführung des Kettel'schen Lustspieles „Richards Wanderleben" erworben. — Im Jahre 1873 nahm dieselbe das in der Neustadt Dresden von einer Aktiengesellschaft erbaute s. g. Alberttheater auf zehn Jahre in Pacht und unterstellte dasselbe in

[1] Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 12 S. 361 flg.; Bd. 23 S. 367; Bd. 24 S. 281 flg. D. E.

jeder Hinsicht derselben Leitung, welcher die Hofbühne untersteht. — Kläger als Cessionar der Erbin des Autors G. Kettel bestreitet dem Beklagten das Recht, gedachtes Lustspiel ohne seine Genehmigung auch auf diesem Theater zur Aufführung zu bringen. Die erste und zweite Instanz haben zu Gunsten des Beklagten entschieden, das Reichsgericht hat abändernd erkannt aus folgenden

Gründen:

„Hinsichtlich der in der Deduktion der klägerischen Berufung wiederholt angeregten Fragen, ob die im Jahre 1831 erfolgte Überlassung der Aufführung des damals durch kein Gesetz geschützten Lustspieles: „Richards Wanderleben" überhaupt rechtliche Wirkung und ob sie solche noch nach dem Reichsgesetze vom 11. Juni 1870 habe, und wem die durch dieses Reichsgesetz bestimmte Verlängerung der Schutzfrist nach dem Tode des Urhebers zu statten komme, — dessen Erben oder dem Theater, — kann auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. März 1881 (Entsch. in Civils. Bd. 3 S. 156 flg.) um so mehr verwiesen werden, als Kläger zu deren Widerlegung nichts neues vorgebracht, sondern sich im wesentlichen nur auf die dabei bereits berücksichtigte Schrift von Thöl bezogen hat, und als es sich, wie aus dem folgenden hervorgehen wird, im vorliegenden Prozesse im wesentlichen nur noch um die Anerkennung des ausschließlichen Aufführungsrechtes an gedachtem Lustspiele auf dem Alberttheater in der Neustadt Dresden handelt, insoweit aber das Klagbegehren jedenfalls für begründet zu erachten ist.

Der Beklagte hat den ihm bezüglich seines Aufführungsrechtes gedachten Lustspieles nachgelassenen Gegenbeweis, soweit es sich zunächst um dieses Recht an sich, abgesehen vom Alberttheater, handelt, im wesentlichen dahin unternommen, daß der Verfasser G. Kettel im Jahre 1831 dessen Aufführung der Intendanz des Königl. Hoftheaters zu Dresden angeboten, diese die Offerte angenommen, dem G. Kettel ein Honorar von 15 Stück Dukaten bezahlt und dieser hierüber Quittung ausgestellt habe, daß nach damals bestehender Übung auf diese Weise zwischen den Bühnenleitern und Schriftstellern kontrahiert worden, sowie, daß bei Beobachtung dieses Verfahrens die rechtliche Auffassung der kontrahierenden Teile dahin gegangen sei, daß durch Zahlung des bestimmten Honorares das Aufführungsrecht des Werkes auf immer erworben werde, — daß demnach die Generaldirektion des

Königl. Hoftheaters zu Dresden im Jahre 1831 für alle Zukunft das Recht erworben habe, das mehrerwähnte Lustspiel auf der Bühne des Dresdener Hoftheaters zur Aufführung zu bringen.

Was den ersten Teil dieses Gegenbeweises betrifft, so hat zwar der Sachwalter des Klägers auffallenderweise die Echtheit der Quittung Kettels vom 30. Dezember 1831 geleugnet und es auf den hierüber zu leistenden Eid ankommen lassen, allein in Rücksicht auf die übrigen Ergebnisse des Gegenbeweises kann bei der weiteren Beurteilung der Sache füglich die Echtheit der Quittung und somit das Zustandekommen des behaupteten Vertrages unterstellt werden. — Bezüglich des zweiten Teiles des Gegenbeweises ist daran festzuhalten, daß derselbe darauf gerichtet ist, daß die Erwerbung des Lustspieles zur Aufführung auf der Hofbühne zu Dresden geschehen sei, wie denn auch in der Gegenbeweisurkunde IV die rechtliche Folge der Honorarzahlung seitens der Leitung der Hofbühne zu Berlin dahin angegeben ist, daß dadurch die Königl. Hofbühne das Eigentum an dem Aufführungsrechte des Werkes auf den Königl. Theatern in Berlin für immer erworben habe. Dies wird sodann durch die Gegenbeweisurkunde V hinsichtlich des Hoftheaters in Stuttgart bestätigt, und stimmen auch damit die Aussagen der Zeugen überein.

Demnach kann der Beklagte selbst nicht behaupten und beweisen, daß eine Kunstanstalt überhaupt ohne Rücksicht auf die Anzahl der Räume, in welchen deren Aufführungen stattfanden, das Recht erworben habe. Ist auch zunächst der bestimmte (konkrete) Ort, in welchem eine Theaterleitung die erworbenen Stücke zur Aufführung bringt, nicht von Bedeutung, so macht es doch einen wesentlichen Unterschied, ob das Aufführungsrecht als erworben zu gelten habe lediglich für eine Kunstanstalt, d. h. für ein unter einer einheitlichen Oberleitung — hier der Königl. Generalintendantur — stehendes Künstlerpersonal nebst den artistischen und technischen Mitteln zur Aufführung, oder aber für eine Kunstanstalt unter Bezugnahme und Beschränkung auf deren zur Zeit der Erwerbung bestehende Bühne, nicht sowohl auf die konkrete Örtlichkeit, wohl aber auf die vorhandene Anzahl der Aufführungsstätten. Eine Erwerbung im ersteren Sinne müßte allerdings die rechtliche Folge haben, daß der Leiter der Kunstanstalt das erworbene Stück nicht nur auf einer und derselben Bühne

in beliebiger Wiederholung, sondern auch mit dem von ihm engagierten Personal auf jeder anderen Bühne, und zwar auch in jeder anderen Stadt, zur Aufführung bringen dürfte, sodaß der Autor, welcher einen Anspruch auf Honorarzahlung erheben könnte, wenn sein Stück auf einer dieser Bühnen unter einer anderen Direktion aufgeführt würde, diesen Anspruch nicht hätte, wenn jene Kunstanstalt dem Publikum das Stück vorführte.

In diesem Umfange ist aber, wie dargethan wurde, der Gegenbeweis weder angetreten noch geführt worden; es kann vielmehr nur als erwiesen angenommen werden, daß, wie auch aus der Quittung vom 30. Dezember 1831 hervorgeht, die Erwerbung von „Richards Wanderleben" für „die Königl. Hoftheater in Dresden und Leipzig" geschah und kann dahingestellt bleiben, ob der Plural „die Königl. Hoftheater" eine Beziehung auf das Theater im Linke'schen Bade zu Dresden zulasse, was wohl das Königl. Landgericht mit Recht verneint hat. Soweit sich sodann der Gegenbeweis auf das Alberttheater in der Neustadt Dresden bezieht, muß als erwiesen angenommen werden, daß dieses Theater von einem Aktienvereine mit dem kundgegebenen Zwecke erbaut worden ist, daß es ein der Königl. Kunstanstalt ebenbürtiges Kunstinstitut werden solle, daß demnächst durch Pachtvertrag vom 7. Februar 1879 die Königl. Civilliste, vertreten durch das Ministerium des Königl. Hauses, dieses Theater mit Wirkung vom 1. Oktober 1873 ab auf zehn Jahre in Pacht genommen hat, und daß seit Beginn der Pachtung dessen Leitung in künstlerischer, technischer und ökonomischer Beziehung durchaus mit derjenigen der Königl. Hofbühne einheitlich verschmolzen ist.

Es entsteht daher die weitere Frage, ob der Vertrag von 1831, wie er im obigen festgestellt ist, dahin ausgelegt werden dürfe, daß der Hofbühne zu Dresden dadurch auch die Befugnis zugestanden worden sei, das erworbene Lustspiel nicht nur auf der Hofbühne — sei es im ursprünglichen oder in einem anderen Lokale —, sondern auch noch auf einer weiteren erbauten, gekauften oder gepachteten Bühne zur Aufführung zu bringen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß ein solches weiter beanspruchtes Recht praktisch keineswegs dem Falle schlechthin gleichzustellen ist, wenn das Recht für ein vergrößertes Theater, also für eine größere Anzahl Zuschauer in dem ursprünglichen oder an dessen

Stelle neuerrichteten größeren Gebäude geltend gemacht wird; denn es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß dasjenige Publikum, welches durch die Lage oder andere Rücksichten bestimmt, das anderweite Gebäude besucht, sich auch bei den Vorstellungen im ursprünglichen, vergrößerten Gebäude einfinden würde. Man kann also nicht sagen, daß es für den Kläger gleichgültig sei, ob das in Frage stehende Lustspiel für 1000 Besucher auf der (erweiterten) Hofbühne, oder ob es für 500 auf dieser und für weitere 500 auf dem hierzu gepachteten Theater vorgestellt werde; denn es ist keineswegs gewiß, daß die letzteren 500 Besucher auch in das Hoftheater gekommen wären, daß sie nicht vielmehr nur deshalb das Lustspiel anhörten, weil ihnen gerade das Alberttheater die Gelegenheit dazu geboten hat. — Für den vorliegenden Fall der Pachtung eines zum Theaterbetriebe bestimmten Gebäudes leuchtet überdies ein, daß dem Autor das Honorar, welches ihm für die Aufführungen in diesem Gebäude gebührte, wenn dessen Eigentümer oder ein anderer Pächter die Aufführung veranstaltete, durch eine Vertragsauslegung entzogen wird, nach welcher die Königl. Hofbühne kraft der Honorarzahlung für die Aufführung auf dieser auch das Recht erworben habe, das Lustspiel auf der noch weiter gepachteten Bühne zur Aufführung zu bringen.

Diese Vertragsauslegung widerspricht aber den hier maßgebenden gemeinrechtlichen Vorschriften; denn nach diesen, insbesondere l. 38 §. 18 Dig. V. O. 45, 1:

> In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.
>
> l. 99 Dig. eod. Quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere.
>
> (Vgl. noch l. 79 Dig. R. I. 50, 17.)

war es unzweifelhaft Sache der Hofbühnenleitung, eine ausdrückliche Bestimmung in den Vertrag aufzunehmen, wenn sie das Recht erwerben wollte, das Lustspiel nicht nur auf der Hofbühne (gleichgültig, wohin sie diese etwa verlegte), sondern auch noch auf einer anderen Bühne aufzuführen. Hat sie dies nicht gethan, so muß der Vertrag auf das Maß beschränkt bleiben, welches sich aus dessen Inhalt und den zur Zeit des Abschlusses bestandenen Verhältnissen ergiebt. Es

fehlt auch an jedem Anhalte dafür, daß Kettel bei Ausstellung der Quittung, in welcher sogar genau zwischen der Hofbühne in Dresden (für das Stück „Die Scheidung") und zwischen den Hofbühnen in Dresden und Leipzig (für „Richards Wanderleben") unterschieden wird, sich damit einverstanden erklärt habe, daß die Aufführung für das einmal empfangene Honorar auf einer später in Pacht zu nehmenden weiteren Bühne in Dresden gestattet sein solle. Hiernach kann aus dem Gegenbeweise eine Erwerbung des Aufführungsrechtes des mehrgedachten Lustspieles für das Alberttheater jedenfalls nicht hergeleitet werden; es kommt deshalb weder auf die vorbehaltene eidliche Bestärkung, noch auf den Eid über die Echtheit der Quittung weiter an. Vielmehr war unter Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidungen dem Klagebegehren insoweit unbedingt stattzugeben, als dasselbe auf Anerkennung des ausschließlichen Aufführungsrechtes des Klägers an dem Kettel'schen Lustspiele auf dem Alberttheater in der Neustadt-Dresden und auf Untersagung fernerer unbefugter Aufführungen auf dieser Bühne gerichtet ist."

---

8. Kann die gegen einen ausgeschiedenen Genossenschafter laufende Verjährung bloß durch Rechtshandlungen gegen die in voller Wirksamkeit fortbestehende Genossenschaft, oder auch durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren der aufgelösten Genossenschaft oder die Konkursmasse unterbrochen werden?

Vereinigte Civilsenate. Urt. v. 14. Januar 1882 i. S. Stadt L. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. II. 217/81.

I. Handelsgericht Würzburg.
II. Oberlandesgericht Bamberg.

Durch Urteil des Reichsgerichtes vom 29. Juni 1880 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 2 Nr. 5 S. 9) wurde unter Vernichtung eines Urteiles des Handelsappellationsgerichtes Nürnberg, welches die Klage als verjährt abgewiesen hatte, die Sache zur wiederholten Aburteilung an das Oberlandesgericht Bamberg verwiesen. Dieses wies gleichfalls die Klage als verjährt zurück, weshalb nach den Bestimmungen der bayerischen

Prozeßordnung die Sache vor die vereinigten Civilsenate gebracht wurde, welche auch dieses Urteil vernichteten aus folgenden

Gründen:

... „Hält man sich bei Auslegung von §. 64 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 bloß an den Wortlaut und geht dabei davon aus, daß die Worte „fortbestehende Genossenschaft“ in Abs. 1 in strengem Gegensatze zu der aufgelösten Genossenschaft, von welcher in Abs. 2 die Rede ist, zu nehmen seien, so kann man allerdings zu der vom Appellrichter angenommenen Ansicht gelangen, daß dem ausgeschiedenen Genossenschafter gegenüber eine Unterbrechung der Verjährung durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren der aufgelösten Genossenschaft, bezw. deren Konkursmasse nicht herbeigeführt werden könne.

Allein eine solche Auslegung erscheint mit dem Zwecke des Gesetzes unvereinbar und kann als dem Willen desselben entsprechend nicht erachtet werden.

Nach §. 12 Abs. 1 und §. 51 Abs. 5 des Genossenschaftsgesetzes kann, abgesehen vom Falle, wo die Eröffnung eines Konkurses nicht erfolgen kann, der Genossenschaftsgläubiger die Solidarhaft der einzelnen Genossenschafter nur in Anspruch nehmen, falls der Konkurs gegen die Genossenschaft durchgeführt ist und sich dabei ein Ausfall für die im Konkurse geltend gemachte Forderung ergeben hat. — Die allgemeinen Rechtsgrundsätze würden dazu führen, daß eine Verjährung erst von dem Zeitpunkte an laufen könnte, wo der Ausfall im Konkurse sich ergiebt, also das Klagerecht entsteht.

Wenn trotzdem das Gesetz (§. 63) die für fraglichen Anspruch bestimmte zweijährige Verjährungsfrist schon beginnen läßt mit dem Eintrage des Ausscheidens eines Genossenschafters oder der Auflösung der Genossenschaft in die betreffenden Register, also zu einer Zeit, wo ein Klagerecht gegen den einzelnen Genossenschafter noch gar nicht besteht, so mußte es selbstverständlich auch die Mittel gewähren, diese Verjährung in anderer Weise, als durch eine Klage gegen den Genossenschafter zu unterbrechen. In diesem Sinne sind die Bestimmungen des §. 64 a. a. O. gegeben; sie sollen den Gläubiger in die Lage setzen, sich unter allen Umständen gegen fragliche Verjährung dadurch zu schützen, daß er der Genossenschaft gegenüber die erforderliche Diligenz in Geltendmachung seiner Rechte bewährt.

Mit diesem Zwecke des Gesetzes stände es im offensten Widerspruche, wollte man den §. 64 dahin auslegen, daß im Falle des Ausscheidens oder Ausschlusses eines Genossenschafters die Verjährung nur durch Rechtshandlungen gegen die in voller Wirksamkeit fortbestehende Genossenschaft unterbrochen werden könnte, denn es würde sich hieraus ergeben, daß in Fällen, wo während der zweijährigen Verjährungsfrist die Genossenschaft sich auflöst (§. 34 a. a. O.), vom Zeitpunkte der Auflösung an eine Unterbrechung der Verjährung überhaupt nicht mehr möglich, also der Gläubiger geradezu rechtlos wäre.

Wenn man, um darzuthun, daß eine Unterbrechung der Verjährung dem Genossenschafter selbst gegenüber nicht unmöglich sei, auf §. 231 C.P.O. und die Bestimmungen einzelner Partikulargesetze hinweist, so ist zu bemerken, daß nur der Rechtszustand zur Zeit des Erlasses fraglichen Bundesgesetzes maßgebend sein kann und zweifellos damals, wenn nicht in allen, doch in sehr vielen derjenigen Rechtsgebiete, für welche das Bundesgesetz Geltung haben sollte, eine Unterbrechung der Verjährung durch Rechtshandlungen des Gläubigers bei suspensiv bedingten oder betagten Forderungen völlig unmöglich war. Jedenfalls erscheint zweifellos, daß bei den Bestimmungen des §. 64 a. a. O. eine solche Möglichkeit nicht ins Auge gefaßt war, dieselbe daher auch bei Auslegung dieser Bestimmungen nicht maßgebend in Betracht kommen kann.

Daß eine Auslegung, welche zu dem vorbezeichneten Ergebnisse führt, dem Willen des Gesetzes nicht entsprechen könne, ist klar, wird jedoch noch zweifelloser, wenn man die Geschichte der Entstehung des §. 64 a. a. O. ins Auge faßt, aus der sich zugleich erklärt, wie die mangelhafte Fassung desselben entstanden ist.

Die Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes über die Verjährung der Klagen gegen die Genossenschafter (§§. 63—66), welche aus dem Gesetzesvorschlage von Schulze-Delitzsch unverändert und ohne nähere Diskussion in das preußische Gesetz vom 27. März 1867 und in das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868 übergingen, sind nach Inhalt und Form den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter (Art. 146—149) nachgebildet. So giebt §. 64 des Genossenschaftsgesetzes die Bestimmungen in Art. 148 H.G.B. mit der einzigen Änderung, daß in Abs. 1 eine Verneinung in

eine Bejahung umgewandelt ist und in Abs. 2 die Worte beigefügt sind: „beziehungsweise gegen die Konkursmasse".

In Art. 148 H.G.B. sind die beiden Fälle, wo ein Gesellschafter ausscheidet, dennoch aber die Gesellschaft fortgesetzt wird (Art. 127), und wo die Gesellschaft sich auflöst und in Liquidation tritt, getrennt, weil sie verschiedenen Grundsätzen unterworfen werden, nämlich im ersten Falle der Satz gelten soll, daß Rechtshandlungen gegen die Gesellschaft als solche die Verjährung den einzelnen Gesellschaftern gegenüber nicht unterbrechen, während im zweiten Falle, im Hinblicke darauf, daß die Liquidatoren einer aufgelösten Gesellschaft die bei der Auflösung zu derselben gehörigen Gesellschafter vertreten, das Entgegengesetzte gelten soll.

Wenn nun in Abs. 1 von Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Gesellschaft die Rede ist, so soll hiermit zunächst nur der Fall bezeichnet werden, daß die Gesellschaft trotz des Ausscheidens eines Gesellschafters fortgesetzt wird (Art. 127 a. a. O.), keineswegs aber war bezweckt, den allgemeinen Prinzipien, gemäß deren auch nach Auflösung der Gesellschaft diese, soweit es der Zweck der Liquidation erfordert, noch fortbesteht, entgegenzutreten und auszusprechen, daß nur Rechtshandlungen gegen die in voller Wirksamkeit fortbestehende Gesellschaft die Verjährung dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber nicht unterbrechen sollen. Es kann daher kein Zweifel bestehen und ist auch nie bezweifelt worden, daß in Fällen, wo während des Laufes der fünfjährigen Verjährungsfrist des Art. 146 die Gesellschaft sich auflöst, die Verjährung dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft nicht unterbrochen wird, daß also nach der Auflösung dieselben Prinzipien gelten, wie vorher.

Die Zweifel, zu denen §. 64 a. a. O. Anlaß giebt, entstehen nun daraus, daß der Gesetzgeber, nicht beachtend, daß die Verhältnisse wesentlich verschieden waren, daß insbesondere durch das Setzen einer Bejahung an Stelle einer Verneinung in Abs. 1 der Unterschied zwischen den beiden Absätzen, wie ihn das Handelsgesetzbuch im Auge hatte, völlig beseitigt war, einfach die Fassung des Handelsgesetzbuches adoptierte. Infolgedessen gewinnt es den Anschein, als sei nunmehr der Unterschied zwischen beiden Absätzen darin zu finden, daß in Abs. 1 nur von Rechtshandlungen gegen die fortbestehende, in Abs. 2 aber

von Rechtshandlungen gegen die aufgelöste Genossenschaft die Rede ist, und es sei Absicht des Gesetzes, diesen Gegensatz scharf zu markieren und ihm besondere Wichtigkeit zu geben. Es kann aber unbedenklich angenommen werden, daß diese Absicht dem Gesetzgeber ganz fern lag, daß er vielmehr ebenso wie der Gesetzgeber des Handelsgesetzbuches von der Ansicht ausging, es sei dem ausgeschiedenen Gesellschafter gegenüber nicht zu unterscheiden zwischen Rechtshandlungen, welche gegen die Genossenschaft vor oder nach ihrer Auflösung bethätigt werden.

Nicht unerwähnt ist zu lassen, daß Schulze-Delitzsch, von dem die Fassung des §. 64 a. a. O. herrührt, in seinen „Streitfragen" (Heft 1 Nr. 4 S. 44—51) mit Entschiedenheit für die vorerörterte Auslegung eintritt und dabei, um die großen Mißstände, welche mit der entgegenstehenden, bloß am Wortlaute haftenden, Auslegung verbunden wären, klarzulegen, namentlich hervorhebt, wie die Genossenschafter in der Regel früher Fühlung von der mißlichen Vermögenslage der Genossenschaft erhalten als die Gläubiger und deshalb kurz vor der Auflösung zahlreiche Austrittserklärungen zu erfolgen pflegen.

Was schließlich die Bestimmung in §. 3 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung, daß die Verjährung im Falle des §. 64 Abs. 1 a. a. O. auch durch Anmeldung im Konkurse unterbrochen werde, betrifft, so erscheint dieselbe für die Auslegung des §. 64 ohne Belang, da sie nötig erschien, um bestehende Zweifel zu beseitigen, übrigens auch den Fall der Liquidation unberührt läßt." ...

---

9. Begriff des Betriebes einer Eisenbahn im Sinne von §. 1 des Haftpflichtgesetzes. Beladen stillstehender Eisenbahnwagen auf einer Zwischenstation.

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Januar 1882 i. S. B. (Kl.) w. Fiskus (Bekl.). Rep. II. 443/81.

I. Landgericht München I.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Nach der gegebenen thatsächlichen Feststellung ereignete sich der in Frage stehende Unfall, als auf der Station K. eine mehr als acht Centner schwere Kiste über ein Schienengeleise und einen Perron getragen wurde, um in einem Güterzuge verladen zu werden, der eben angekommen war und nach einem Aufenthalte von etwa fünf Minuten wieder abgehen sollte. Das Oberlandesgericht ist der Ansicht, es habe dieser Unfall nicht beim Betriebe der Eisenbahn stattgefunden, weil ein Zusammenhang mit den dem Eisenbahnbetriebe eigentümlichen Gefahren nicht ersichtlich sei, insbesondere auch nicht angenommen werden könne, daß fragliche Verrichtung in außergewöhnlicher und gefährdender Eile habe vollzogen werden müssen.

Diese Ansicht erscheint rechtsirrtümlich; sie beruht auf einer zu engen Auslegung der Bestimmung in §. 1 des Haftpflichtgesetzes.

Von der Rechtsprechung ist anerkannt, daß wenn in §. 1 a. a. O. ganz allgemein vom „Betriebe einer Eisenbahn" die Rede ist, diese Ausdrücke nicht in dem vollen Umfange zu nehmen sind, wie ihn der Wortlaut zulassen würde, daß vielmehr nur derjenige Teil des Betriebes gemeint sei, dessen besondere Gefährlichkeit die strengen, selbst für den Zufall haftbar machenden Bestimmungen des Gesetzes rechtfertigt und im Hinblicke auf welchen diese gegeben sind.

Wenn dabei gefordert wird, dieser Betrieb müsse sich durch die dem Eisenbahnbetriebe eigentümlichen Gefahren kennzeichnen, so ist dies nicht so zu verstehen, daß diese Gefahren dem Eisenbahnbetriebe ausschließlich eigen sein müssen, daß sie nicht in gleicher Weise auch anderswo vorkommen können, denn bei dieser Auffassung würde selbst der Fall einer Dampfkesselexplosion auszunehmen sein, da er in gleicher Weise auch bei anderen Dampfmaschinen sich ereignen kann. Gemeint ist nur, es müsse eine der mit dem Eisenbahnbetriebe verbundenen Gefahren vorliegen, welche das Gesetz im Auge hatte, und daß Teile des Betriebes im weitesten Sinne, bei denen solche Gefahren völlig mangeln, zum Betriebe im engeren Sinne des §. 1 a. a. O. überhaupt nicht zu rechnen seien.

Bei dieser einschränkenden Erklärung einer allgemein lautenden Gesetzesbestimmung ist jedoch Maß zu halten und nur soweit zu gehen, als es zweifellos im Willen des Gesetzes begründet erscheint. Wenn es daher auch gerechtfertigt ist, das Aufladen oder Abladen von Fracht-

gütern bei stillstehenden Bahnwagen unter Umständen, ja der Regel nach, als zum Bahnbetriebe im engeren Sinne gehörig nicht zu erachten, so würde es doch zu weit gehen, anzunehmen, es müsse dies unter allen Umständen der Fall sein, insbesondere auch dann, wenn diese Verrichtungen zu einer Zeit vorgenommen werden, während deren der betreffende Bahnzug auf einer Zwischenstation vorübergehend anhält.

Der Verkehr der Bahnzüge auf der Bahn zum Zwecke der Beförderung von Personen und Gütern ist gerade derjenige Vorgang, welchen das Haftpflichtgesetz (im Einklange mit dem preußischen Eisenbahngesetze vom 3. November 1838 §. 25) vorzugsweise im Auge hat, wenn es vom Betriebe einer Eisenbahn spricht, und es kann nicht als dem Willen des Gesetzes entsprechend erachtet werden, daß dieser Betrieb jedesmal als unterbrochen zu gelten habe, wenn der Bahnzug auf einer Zwischenstation anhält, und zwar um so weniger, als der Eisenbahnbetrieb es mit sich bringt, daß alles, was während des immer nur verhältnismäßig kurzen Aufenthaltes eines solchen durchgehenden Zuges zwecks der Abfertigung desselben vorgenommen wird, mit Präzision und Eile zu geschehen hat (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 Nr. 11 S. 19). Ist hiernach davon auszugehen, daß zur Zeit, als der in Frage stehende Unfall sich ereignete, ein Betrieb der Eisenbahn im Sinne des §. 1 a. a. O. stattfand, so kann auch nicht bezweifelt werden, daß der allerdings erforderliche Kausalzusammenhang zwischen diesem Betriebe und dem Unfalle anzunehmen sei, denn die Verrichtung, welche den Unfall veranlaßte, bezweckte die Beladung des auf der Durchfahrt begriffenen und nur vorübergehend stillhaltenden Güterzuges.

Es liegt insofern sogar eine dem Eisenbahnbetriebe eigentümliche Gefahr vor, als ein ungewöhnlich schweres Frachtgut über Schienengeleise und einen Perron zu tragen war."

---

10. Wie ist im Falle des §. 19a des Reichsgesetzes vom 27. Juni 1871 betr. die Pensionierung und Versorgung der Militärpersonen die Militärdienstzeit zu berechnen? Nach Maßgabe des §. 18 a. a. O.

oder nach den hierüber in dem Bundesstaate, in dessen Militärdienst der Offizier früher gestanden hat, in Geltung gewesenen Bestimmungen?

II. Civilsenat. Urt. v. 31. Januar 1882 i. S. Militärfiskus (Bekl.) w. v. H. (Kl.) Rep. II. 449/81.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Kläger ist am 1. April 1867 aus dem früheren hannoverschen in das königl. sächs. Armeekorps übergetreten und am 1. Januar 1874 mit Pension zur Disposition gestellt worden. Betreffs Berechnung seiner Dienstzeit entstand die Frage, ob hierbei die Zeit in Betracht komme, von welcher an er als Kadett vereidet war oder nur diejenige, von welcher ab er in der Armee diente. Er beanspruchte die erstere Berechnung auf Grund einer Generalorder an die hannoversche Armee vom 8. November 1864, welche verfügt, daß bei den aus dem Kadettenkorps hervorgegangenen Offizieren der Tag ihrer Beeidigung im Kadettenkorps als Anfang der Dienstzeit anzusehen sei, vorausgesetzt daß die Eintragung in die Stammrollen stattgefunden habe. — Der Fiskus machte geltend, daß für Berechnung der Dienstzeit lediglich §. 18 des Gesetzes vom 27. Juni 1871 Anwendung finde, dieser aber den aktiven Dienst im Heere voraussetze. Beide Instanzen sind der Anschauung des Klägers beigetreten, das Reichsgericht dagegen hat auf die vom Beklagten eingelegte Revision abändernd erkannt aus folgenden

Gründen:

„Die Klage ist nicht nach Maßgabe des §. 46 des Reichsgesetzes vom 27. Juni 1871 betr. die Pensionierung und Versorgung der Militärpersonen dahin begründet, daß Kläger, wenn er vor Erlaß dieses Gesetzes pensioniert worden wäre, nach den Bestimmungen des hannoverschen oder sächsischen Rechtes eine höhere als die ihm nunmehr bewilligte Pension bezogen hätte, vielmehr fordert Kläger auf Grund der hannoverschen Generalorder vom 8. November 1864 eine höhere Pension als die ihm bei Berechnung seiner Dienstzeit nach Maßgabe des Reichsgesetzes bewilligte, ganz abgesehen davon, ob diese Pension größer oder doch ebenso groß sei wie diejenige wäre, welche ihm bei einer

Pensionierung vor 1871 gebührt hätte. Dieser Anspruch ist aber mit dem Reichsgesetze nicht vereinbar.

Dieses hat, wie keinem Zweifel unterliegt und wie auch in den Motiven (Reichstagsverh. 1871 Bd. 5 Nr. 96 S. 27) hervorgehoben ist und sich aus dessen §. 117 ergiebt, den Zweck, die Pensionsansprüche für das gesamte Deutsche Heer nach gleichmäßigen Grundsätzen zu regeln.

Zur Zeit der Erlassung des Gesetzes wohlerworbene Rechte werden durch den gedachten §. 46, ähnlich wie im §. 70 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873, insoweit geschützt, als die nach dem Reichsgesetze zu gewährende Pension nicht unter dem Betrage zurückbleiben darf, welchen der Offizier erworben hätte, wenn er vor Erlassung des Reichsgesetzes pensioniert worden wäre. Ähnliche Fürsorge für Erhaltung wohlerworbener Rechte der Offiziere war auch in den früheren Militärkonventionen zwischen Preußen und einzelnen Bundesstaaten getroffen worden, so z. B. in der Konvention mit Hessen vom 13. Juni 1871 Art. 19 und mit Baden vom 25. Novbr. 1870 Art. 17.

Hiermit ist aber der Anwendung des aufgehobenen partikulären Rechtes eine bestimmte Grenze gezogen und es steht mit dem Prinzipe des §. 46 a. a. O. im Widerspruche, dem partikulären Rechte auch noch bei Berechnung der Dienstzeit einen Einfluß zu gewähren, welcher über den §. 46 hinaus und zwar soweit ginge, daß selbst dann, wenn die nach §. 18 des Reichsgesetzes berechnete Pension höher ist als diejenige, welche dem Offizier bei einer Pensionierung vor Erlaß des Reichsgesetzes gebührte, noch eine weitere Erhöhung über das reichsgesetzliche Maß hinaus durch Berechnung der Dienstzeit nach früherem Landesrechte einzutreten hätte.

In diesem Sinne, d. h. daß schlechthin das Reichsgesetz für die Berechnung der Dienstzeit maßgebend sei, ist die Frage in der Schlußbestimmung des §. 46 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 ausdrücklich entschieden; die Vorschrift in der Ziffer 2 dieses §. 46 stimmt mit §. 19a des Gesetzes vom 27. Juni 1871 genau überein, und daß dieser §. 19 nicht eine ähnliche Schlußbestimmung hat, kann nicht für eine entgegengesetzte Absicht des Gesetzgebers geltend gemacht werden, erklärt sich vielmehr daraus, daß auch im Entwurfe des Reichsbeamten-

gesetzes von 1869 im damaligen §. 44 (jetzt §. 46) eine solche Erläuterung fehlte (Reichstagsverh. 1869 Bd. 3 S. 178).

Ueberdies war ein solcher Beisatz im §. 19 des Gesetzes vom 27. Juni 1871 entbehrlich, da zufolge des Art. 6 der Reichsverfassung die sämtlichen Offiziere der Bundesstaaten Offiziere des Reichsheeres geworden sind, somit §. 19a nur transitorische Bedeutung hat und durch den §. 46 die bis zum Jahre 1871 erworbenen Rechte in ihrem vollen Umfange für gewahrt erachtet werden konnten. Die Civilbeamten der Bundesstaaten dagegen werden nur durch den Eintritt in den Reichsdienst und mit der Kaiserlichen Ernennung Reichsbeamte, sodaß das Reichsbeamtengesetz die Thatsache zu berücksichtigen hatte, daß fortwährend noch die Reichsbeamten aus dem Übertritte der Beamten von Bundesstaaten in den Reichsdienst hervorgehen und daß nicht in allen Bundesstaaten die dem Beamten günstige Berechnung der Dienstzeit von der ersten eidlichen Verpflichtung an (§. 45 des Reichsbeamtengesetzes) die Norm bildet.

Was also für die Offiziere des Reichsheeres selbstverständlich ist und in Rücksicht auf den transitorischen Charakter des §. 19 gar nicht besonders hervorgehoben zu werden brauchte, mußte im Reichsbeamtengesetze ausdrücklich schon um deswillen gesagt werden, weil dadurch den aus dem Dienste eines Bundesstaates in den Reichsdienst übergetretenen Beamten für den Fall ein Vorteil zugesichert wurde, wenn in dem betreffenden Bundesstaate die Dienstzeit nicht schon von der ersten eidlichen Verpflichtung an gerechnet wurde.

Dem gegenüber kann den Ausführungen des Berufungsgerichtes dafür, daß unter „Militärdienst eines Bundesstaates" im Sinne des §. 19a etwas anderes zu verstehen sei als im §. 18, nicht beigetreten werden.

Wenn zunächst gesagt wird, die Absicht des Gesetzgebers, durch die Bestimmung des §. 19a die von den betreffenden Offizieren früher erworbenen Rechte zu wahren, ergebe sich schon aus dem Inhalte der Bestimmung, überdies sei im Einklange hiermit im §. 46 noch ausdrücklich angeordnet, daß die nach Maßgabe dieses Gesetzes zu bewilligenden Pensionen nicht hinter demjenigen Betrage zurückbleiben dürfen, welcher den betreffenden Offizieren vor Erlaß dieses Gesetzes zugestanden haben würde — so wird hierbei übersehen, daß durch die Tragweite, welche das Berufungsgericht dem §. 19 giebt, indem es den §. 18 für

Berechnung der Dienstzeit nicht gelten läßt, keineswegs der §. 19 in Einklang mit §. 46 gebracht, sondern vielmehr, wie bereits gezeigt wurde, ein über diesen §. 46 hinausgreifendes Privilegium anerkannt wird. Sodann könnte aus dem Inhalte des §. 19a höchstens entnommen werden, daß er insofern eine Spezialbestimmung treffe, als auch die Zeit in die Dienstzeit einzurechnen ist, welche ein Offizier im Militärdienste eines Bundesstaates zugebracht hat; nicht aber ergiebt sich aus dessen Inhalte, bildet vielmehr gerade die streitige Frage, daß bei Berechnung dieser früheren Dienstzeit auch die frühere bundesstaatliche Gesetzgebung in Anwendung zu kommen habe. — Letzteres leitet das Berufungsgericht noch daraus her, daß die Frage, ob jemand früher im Militärdienste eines Bundesstaates gestanden habe, der Natur der Sache nach sich nur nach den Vorschriften beurteilen lasse, welche hinsichtlich des Militärdienstes in diesem Bundesstaate galten. Allein hierbei wird übersehen, daß, wenn im Sinne des Gesetzes der §. 18 auch für den Fall des §. 19a anwendbar ist, es jeweils darauf ankommen wird, an welchem Tage ein Offizier im Sinne ebendieses §. 18 in den Militärdienst eines Bundesstaates eingetreten sei, und daß, wie sich aus der besprochenen Schlußbestimmung im §. 46 des Gesetzes vom 31. März 1873 ergiebt, die Natur der Sache keineswegs zur Verneinung der Frage führt, ob der §. 18 platzzugreifen habe. Das weitere Argument im angefochtenen Urteile, daß bei anderer Annahme solchen Offizieren des ehemaligen Königreichs Hannover, denen beim Übertritt in das Kgl. sächs. Armeekorps die in §. 14 des sächsischen Gesetzes vom 17. Dezember 1837 und §. 14 der Verordnung vom 14. Februar 1868 erwähnte Zusage der Anrechnung ihrer in der hannoverschen Armee verbrachten Dienstzeit nicht erteilt worden wäre, diese letztere Dienstzeit nicht angerechnet werden könnte, widerlegt sich dadurch, daß, wie an einer späteren Stelle der Gründe zutreffend hervorgehoben wird, der §. 19 ganz allgemein auf jede, im Militärdienste irgend eines Bundesstaates verbrachte Zeit zu beziehen ist, ohne Unterschied, ob der betreffende Offizier etwa successiv im Militärdienste zweier oder mehrerer Bundesstaaten und bezw. Gebiete gestanden habe. Demnach müßte auch ohne die gedachte Zusicherung Sr. Majestät des Königs von Sachsen, in welcher übrigens der Kadettenzeit nicht einmal erwähnt ist, dem Kläger die in Hannover verbrachte Militärdienstzeit in Anrechnung gebracht werden; dagegen ergiebt sich gerade daraus,

daß jede im Militärdienste irgend eines Bundesstaates verbrachte Zeit im Sinne des §. 19a zu berücksichtigen ist, ein Grund für die einheitliche Art der Berechnung nach Maßgabe des §. 18, weil andernfalls ein Offizier, welcher successive im Militärdienste verschiedener Bundesstaaten gestanden hatte, sich die ihm günstigste Gesetzgebung auswählen könnte.

Auch daraus kann nichts für die Auslegung des Berufungsgerichtes hergeleitet werden, daß weder im Reichsgesetze vom 27. Juni 1871 noch in den Motiven hierzu eine Auskunft darüber zu finden sei, was unter der im §. 19 des Gesetzes bemerkten Militärdienstzeit zu verstehen, daß aber auch andererseits nicht gesagt sei, daß in §. 19 der Begriff der Dienstzeit lediglich nach den Vorschriften in §. 18 zu beurteilen sei. Geht man nämlich davon aus, daß die einzelnen Bestimmungen eines Gesetzes in ihrem Zusammenhange auszulegen sind, so erscheint der vermißte Ausspruch im Gesetze und in den Motiven als überflüssig; nachdem nämlich im §. 18 bestimmt war, wie die Dienstzeit zu berechnen sei, hatte der Gesetzgeber im §. 19, wo er bestimmt, welche Zeit bei dieser Berechnung „auch" in Anrechnung zu bringen sei, gar keinen Anlaß mehr, nochmals sich über die Modalität der Berechnung auszusprechen.

Nach allen diesem muß für Berechnung der Dienstzeit, welche Kläger in der Armee des früheren Königreichs Hannover verbracht hat, der §. 18 des Reichsgesetzes vom 27. Juni 1871 für maßgebend erachtet werden.

Daß dieser §. 18 nur von aktiver Dienstzeit in der Armee zu verstehen sei, bestreitet Kläger selbst nicht und kann auch im Hinblicke auf den Wortlaut des Gesetzes und auf die Auslegung, die von jeher dem §. 8 des preuß. Reglements vom 13. Juni 1825 gegeben wurde, welchem der fragliche §. 18 nachgebildet ist, nicht bezweifelt werden." . . .

---

11. Ist die Vorschrift des §. 3 Nr. 1 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens nicht anwendbar, wenn der Schuldner einen Gläubiger durch Hingabe an Zahlungsstatt befriedigt?

III. Civilsenat. Urt. v. 14. Februar 1882 i. S. P. (Bekl.) w. C. (Kl.) Rep. III. 537/81.

I. Landgericht Neuwied.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Die Heinrich P.'schen Eheleute haben ihre sämtlichen Grundstücke an Eberhard P. verkauft. Der Käufer hat die Hypothekenschulden übernommen und den Rest des Kaufgeldes gegen eine ihm angeblich zustehende Forderung an die Verkäufer verrechnet. Der Vertrag ist von einer Gläubigerin auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 mit Erfolg angefochten. Den Beweis über die Existenz der aufgerechneten Forderung hat der Berufungsrichter abgelehnt. Dies ist von dem Reichsgerichte gebilligt.

Aus den Gründen:

... „Der Berufungsrichter führt aus, es erscheine gleichgültig, ob dem Beklagten wirklich größere Forderungen an die P.'schen Eheleute zugestanden haben. Er hält also die Anfechtung auch in dem Falle für statthaft, wenn Beklagter auf Höhe der von ihm angegebenen Summe Gläubiger der Verkäufer war, und seine Befriedigung dadurch erlangt hat, daß er den nach Abzug der Hypotheken verbliebenen Kaufgeldrest gegen seine Forderung aufrechnete. Auch dieser Ansicht muß beigestimmt werden.

§. 1 des Reichsgesetzes bezieht sich dem Wortlaute nach auf alle Rechtshandlungen eines Schuldners zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers. Es kann jedoch von der betrügerischen Absicht, welche §. 3 Nr. 1 verlangt, bei demjenigen keine Rede sein, welcher leistet, wozu er rechtlich verpflichtet ist. Und noch weniger macht sich der Gläubiger, welcher nicht mehr erhält, als worauf er ein Zwangsrecht hat, durch Annahme dessen einer Rechtsverletzung oder der Teilnahme an solcher schuldig, auch wenn er weiß, daß der Schuldner sich in so schlechter Vermögenslage befindet, daß nicht alle anderen Gläubiger gleich ihm befriedigt werden können (Motive zur Konkurs-Ordnung S. 119). Die Ausnahme, welche die Konkurs-Ordnung im §. 23 Nr. 1 von diesem Grundsatze macht, hat ihre Stütze in dem Rechte aller Gläubiger, gleichmäßige Befriedigung durch das Konkursverfahren zu erlangen, und in der Pflicht des Gemeinschuldners, diesem Rechte der

Gläubiger entsprechend Veränderungen seines Vermögensstandes zu Gunsten einzelner Gläubiger zu unterlassen. Außerhalb des Konkurses besteht ein solches Recht nicht. Der §. 23 der Konkurs-Ordnung ist deshalb in das Anfechtungsgesetz nicht übernommen.

Anders liegt jedoch die Sache, wenn der Gläubiger nicht dasjenige erhält, was ihm nach dem Inhalte der Verbindlichkeit des Schuldners gebührt. Schließt der Schuldner mit ihm einen neuen Vertrag, durch welchen er Vermögensstücke dem Gläubiger zu Eigentum überträgt, und rechnet er die dadurch auf Seiten des Gläubigers entstandene Schuld gegen dessen frühere Forderung auf, so waltet kein Grund ob, die Anwendung des Anfechtungsgesetzes bei einem derartigen Vertrage, welcher die Tilgung der alten Schuld durch Begründung neuer Rechtsverhältnisse bezweckt, auszuschließen. Hier liegt die betrügerische Absicht darin, daß der Schuldner die Mittel zur Befriedigung des bevorzugten Gläubigers durch ein Rechtsgeschäft beschafft, welches sein Vermögen zu Ungunsten seiner übrigen Gläubiger mindert. Derartige Rechtshandlungen, welche keine Zahlung im engeren Sinne enthalten, sind von der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts der Anfechtung durch die actio Pauliana unterworfen worden. Dieselben Gründe sprechen für die Anwendung des §. 3 Nr. 1 des Reichsgesetzes auf sie." ...

---

12. Kann der Kommissionär, wenn er die Einkaufs- und Verkaufs-Aufträge des Kommittenten thatsächlich durch Abschlüsse mit Dritten ausgeführt hat, noch im Prozesse seinen Eintritt als Selbstkontrahent gemäß Art. 376 H.G.B. erklären?[1]

I. Civilsenat. Urt. v. 12. November 1881 i. S. Z. (Kl.) w. N. (Bekl.) Rep. I. 133/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Parteien haben mehrere Jahre in einem derartigen Geschäftsverkehr gestanden, daß die klagende Firma durch das beklagte Bankhaus

[1] Vgl. die folgende Nummer 13 S. 49. D. R.

als Kommissionär für Rechnung der Klägerin an der Berliner Börse Wertpapiere ein- und verkaufen ließ. Nach dem letzten Rechnungsabschlusse behielt die Beklagte einen Saldoanspruch von mehr als 15 000 ℳ und befriedigte sich durch Verkauf der von der Klägerin bei ihr deponierten Wertpapiere. Klägerin fordert in der vorliegenden Klage, welche sie als condictio indebiti und als actio doli charakterisiert, den Betrag von 10 000 ℳ zurück, weil die Beklagte in ihren Rechnungen höhere Einkaufspreise und niedrigere Verkaufspreise berechnet, als sie selbst bei den zur Ausführung der Kommissionsaufträge mit Dritten gemachten Abschlüssen ausgelegt bezw. eingenommen habe. Die Beklagte, welche es in ihren Anzeigen über die Ausführung der Aufträge dahin gestellt gelassen hatte, ob sie die Aufträge durch Abschlüsse mit Dritten oder „in sich" ausgeführt hatte, behauptete, daß sie die Kommission durch Eintritt als Selbstkontrahentin gemacht, und daß die Abschlüsse, welche sie mit Dritten gemacht, die Klägerin nicht berührten. Klägerin hielt den erst im Prozesse erklärten Eintritt der Beklagten als Selbstkontrahentin für verspätet und unzulässig, und behauptete, daß die Beklagte die Kommissionen thatsächlich stets durch Abschlüsse mit Dritten ausgeführt habe. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Klägerin hat die Nichtigkeitsbeschwerde (nach altem preuß. Prozeßrecht) eingelegt und Verletzung der Artt. 361. 376. H.G.B. und des §. 84. A.L.R. I. 4 gerügt. Das Reichsgericht hat die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

„Die Annahme des Appellationsrichters, daß die Beklagte bezüglich der ihr von der Klägerin erteilten Kommissionen zum Ein- und Verkauf von Wertpapieren ihren Eintritt als Selbstkontrahent nicht sofort in der Ausführungsanzeige oder innerhalb einer bestimmt begrenzten Zeit habe erklären müssen, daß vielmehr ihre in der Klagebeantwortung im vorliegenden Prozesse abgegebene Erklärung, daß sie die Kommissionen durch Eintritt als Selbstkontrahentin ausgeführt habe, noch rechtzeitig erfolgt sei, muß als mit der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes und des Reichsgerichtes im Einklang stehend gebilligt werden. Bedenklich würde es allerdings sein, wenn der Appell.-Richter, wie die Implorantin meint, angenommen hätte, daß die Beklagte auch dann, wenn sie die Kommissionen thatsächlich durch Abschlüsse mit Dritten ausgeführt hätte, doch noch im jetzigen Prozesse rechtswirksam habe erklären können, daß sie die Kommissionen

als durch Eintritt als Selbstkontrahentin ausgeführt angesehen wissen wolle, und daß die Beklagte infolgedessen der Klägerin höhere Einkaufspreise und niedrigere Verkaufspreise, als sie in den Abschlüssen mit jenen Dritten stipuliert, deshalb habe in Rechnung stellen dürfen, weil jene höheren Einkaufs- und niedrigeren Verkaufspreise die Börsenpreise der betreffenden Tage gewesen. Vielmehr hätte die Beklagte, wenn durch jene Abschlüsse mit Dritten die Kommissionen der Klägerin von der Beklagten ausgeführt wären, auch die in diesen Abschlüssen stipulierten Preise der Klägerin in Rechnung stellen müssen[1]. Das Gegentheil hat aber der Appellationsrichter auch nicht ausgesprochen. Die Ausführung des Appellationsrichters, welcher ersichtlich von der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts nicht hat abweichen wollen, ist vielmehr, wenngleich sie nicht ganz deutlich ist und zu dem Mißverständnisse der Implorantin Anlaß geben konnte, in ihrem Zusammenhange dahin aufzufassen: die Abschlüsse des Kommissionärs mit Dritten können einen doppelten Zweck haben; sie können entweder unmittelbar die Ausführung der Kommission eines bestimmten Kommittenten enthalten, also für dessen Rechnung erfolgen, oder sie können für die eigene Rechnung des Kommissionärs erfolgen, um diesen in den Stand zu setzen, Aufträge, welche ihm von seinen Kommittenten bereits erteilt waren oder ihm in Zukunft erteilt werden möchten, durch Eintritt als Selbstkontrahent auszuführen. Letzternfalls sind die in den Abschlüssen mit Dritten stipulierten Preise für das Propregeschäft mit dem Kommittenten nicht unbedingt maßgebend; vielmehr kann der Kommissionär dem Kommittenten auch die diesem ungünstigeren Börsenpreise in Rechnung stellen, sofern er nicht dadurch aus besonderen Gründen mit seiner Vertragspflicht dem Kommittenten gegenüber in Widerspruch tritt. Ob die Abschlüsse mit den Dritten zu dem einen oder anderen Zwecke erfolgten, ist eine thatsächliche Frage, und Klägerin hätte, wenn sie den Eintritt der Beklagten als Selbstkontrahentin nicht zulassen wollte, bestimmt und substanziiert behaupten müssen, daß ihre der Beklagten erteilten Kommissionen durch die Abschlüsse mit den Dritten hätten ausgeführt werden sollen und wirklich ausgeführt seien; eine solche substanziierte Behauptung ist aber

[1] Vgl. Grünhut, Kommissionshandel S. 474 bis 476; v. Hahn, Kommentar zu Art. 376 §§. 4. 10 Bd. 2 (2. Aufl.) S. 509. 514. D. E.

von der Klägerin nicht aufgestellt, und deshalb müssen die Abschlüsse mit den Dritten als für eigene Rechnung der Beklagten erfolgt angesehen und behandelt werden. So aufgefaßt enthält die Ausführung des Appell.-Richters keine Verletzung des Gesetzes, namentlich auch nicht des Art. 367 des Handelsgesetzbuches, und von diesem Standpunkte aus können auch die Anzeigen der Beklagten an die Klägerin, daß sie zu den in Rechnung gestellten Börsenpreisen verkauft bez. gekauft habe, als ganz wahrheitsgemäß keine betrügliche Erregung eines Irrtums enthalten; es ist daher sowohl die condictio indebiti, als die actio doli mit Recht abgewiesen worden. Darin, daß der Appell.-Richter eine substanziierte Behauptung der Klägerin, daß die Beklagte die Abschlüsse mit Dritten nicht für eigene Rechnung, sondern für Rechnung der Klägerin zur Ausführung der ihr von dieser erteilten Kommission gemacht, vermißt, ist eine Gesetzesverletzung nicht enthalten, und eine prozessuale Rüge ist von der Klägerin nicht erhoben. Die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin erscheint daher unbegründet."

---

13. Verpflichtung des Kommissionärs zur Rechenschaftsablegung. Handeln des Kommissionärs gegen den Willen des Kommittenten. Rechtliche Bedeutung der Präzisierung der vom Kommissionär über die Ausführung der Kommission gemachten Anzeigen durch spätere Erklärungen.[1] Voraussetzung der Zulässigkeit des Erlasses eines Teilurteiles. Voraussetzung der Berechtigung des Berufungsrichters zur Verweisung der Sache in die erste Instanz.

I. Civilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1881 i. S. Sch. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. I. 621/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Parteien standen in dem Jahre 1879 und einem Teile des Jahres 1880 in Geschäftsverbindung. Der Beklagte erteilte dem Kläger

[1] Vgl. die vorhergehende Nummer 12 S. 46. D. R.

Aufträge zum Ankauf und Verkauf von Börsenpapieren, deren Ausführung dieser übernahm. Die gegenseitigen Forderungen wurden im Kontokorrent notiert. Ende März 1880 wurde die Geschäftsverbindung abgebrochen. Kläger legt mit seiner Klage den Kontokorrentauszug über die vom 1. Januar 1880 an ausgeführten Geschäfte vor, erläutert denselben unter detaillierter Angabe der einzelnen Geschäfte und der Art ihrer Ausführung, behauptet, daß er dem Beklagten den Stand des Kontokorrentes jeden Monat mitgeteilt, daß er ferner durch Schreiben vom 30. Juli 1880 den Beklagten davon, daß er in den in der Klagerläuterung angegebenen Fällen als Selbstkontrahent eingetreten sei (was aus dem Kontokorrentauszug selbst nicht ersichtlich ist), in Kenntnis gesetzt habe, und klagt den Saldo von 40 954,30 ℳ mit 6 % Zinsen seit dem 1. Juli ein. Der Beklagte beanstandet die Angabe über die Ausführung von vier Verkäufen, welche der Kläger nach seiner Erläuterung dadurch ausgeführt haben will, daß er die Papiere als Selbstkontrahent übernahm. Der Beklagte macht geltend, wenngleich er dem Kläger am 5. März 1880 Auftrag gegeben, seine sämtlichen Papiere am 6. März zu verkaufen, so habe er doch durch einen Brief, welchen der Kläger am 6. März noch vor der Börse erhalten, den Auftrag dahin modifiziert, daß der Kläger nur dann verkaufen solle, wenn er der Ansicht sein werde, daß die Baisse nicht am Ende angekommen sei. Durch den Eintritt als Selbstkontrahent habe der Kläger aber selbst dokumentiert, daß er dieser Ansicht nicht gewesen und daß er selbst keine Meinung für den Verkauf gehabt habe. Er habe also auftragswidrig gehandelt. Ferner habe der Kläger nach seiner eigenen Angabe von seinem Eintritt als Selbstkontrahent ihn erst am 30. Juli in Kenntnis gesetzt, damals habe er aber das Recht dazu nicht mehr gehabt, da er schon im März den Brüdern des Beklagten, mit welchen er sich auf Aufforderung des Beklagten in Verbindung gesetzt habe, um über die nach Übersendung des Kontokorrentes an den Beklagten unter den Parteien entstandenen Differenzen eine Einigung zu erzielen, bezüglich der in Rede stehenden Geschäfte erklärt habe, „daß er die betreffenden Papiere thatsächlich an der Börse an dritte Personen verkauft habe und jederzeit imstande sei, die Schlußscheine über die wirklich stattgehabten Verkäufe vorzulegen". Der Kläger gesteht zu, den betreffenden Brief am 6. März erhalten zu haben, bestreitet aber die vom Beklagten daraus gezogenen Konsequenzen. Den Brüdern

des Beklagten gegenüber die angeführte Erklärung gegeben zu haben, stellt der Kläger in Abrede, bestreitet aber auch deren Relevanz.

Die fünfte Kammer für Handelssachen des Landgerichtes I zu Berlin wies die Klage ab, indem sie davon ausging, infolge des Briefes des Beklagten vom 6. März sei der Kläger nicht berechtigt gewesen, als Selbstkontrahent einzutreten. Hiernach sei der Beklagte berechtigt, jene vier Posten aus seinem Kredit auszuscheiden.

Auf Berufung änderte der sechste Civilsenat des Kammergerichts dieses Urteil dahin ab, „daß Beklagter schuldig sei, dem Kläger 21 060,75 ℳ laut jetzigen Teilurteiles zu zahlen", daß „ferner der Grund des eingeklagten Anspruches für festgestellt zu erachten und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Restanspruch mit Zinsen auch der zugesprochenen 21 060,75 ℳ und Kosten an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen".

Auf die vom Beklagten eingelegte Revision wurde dieses Urteil vom Reichsgerichte aufgehoben und die Sache in die zweite Instanz zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„1. Der Beklagte argumentiert, er habe durch den Brief vom 6. März seinen Verkaufsauftrag dahin modifiziert, daß Kläger nicht verkaufen sollte, wenn er der Ansicht wäre, das Ende der Baisse sei eingetreten. Durch den Eintritt als Selbstkontrahent habe der Kläger nun aber dargethan, daß er dieser Ansicht sei, er habe also auftragswidrig gehandelt, die Übernahme sei mithin wirkungslos.

Der erste Richter billigt im Wesentlichen diese Argumentation, findet aber, daß durch den Brief des Beklagten die Befugnis des Klägers als Selbstkontrahent einzutreten ausgeschlossen sei. Der zweite Richter ist in dieser Beziehung anderer Ansicht und stellt fest, „der Beklagte habe durch den Brief vom 6. März keine Andersbestimmung (im Sinne) des Art. 376 H.G.B. getroffen".

Die Richtigkeit dieses letzteren Satzes kann wohl nicht bezweifelt werden, denn der Satz: „wenn der Kommittent nicht ein Anderes bestimmt hatte", bezieht sich nur darauf, daß der Kommittent dem Kommissionär die Ausführung der Kommission „in sich" untersagt, nicht aber darauf, daß er die Kommission selbst zurückgenommen oder modifiziert hatte.

Der Berufungsrichter fährt fort:

„Dazu kommt, daß der Beklagte seine Absicht, nur verkaufen zu wollen, wenn die Baisse nach Meinung des Klägers nicht zu Ende sei, keineswegs mit der Bestimmtheit abgegeben hat, wie der Vorderrichter annimmt".

Er habe den bestimmt erteilten Verkaufsauftrag bestehen lassen, und nur den Zeitpunkt des Verkaufes in die Meinung des Klägers verstellt. Hierin liege kein Verkaufsverbot, noch ein Widerruf des Auftrages. Auch dies kann zugegeben werden. Allein der Berufungsrichter übersieht, daß, wenn dem Kommissionär eine Erklärung, wie die im fraglichen Briefe enthaltene, gegeben wird, er verpflichtet ist, bei seiner Rechenschaftsablage darzulegen, daß der vom Beklagten vermutete Umstand nicht eingetreten sei, oder warum er trotzdem die Kommission ausgeführt habe. Der Kommissionär kann sich in einem solchen Falle nicht darauf beziehen, daß in Art. 376 Abs. 2 H.G.B. die Rechenschaft des übernehmenden Kommissionärs auf den Nachweis der Einhaltung des Börsenpreises beschränkt sei; denn diese Bestimmung setzt, wie der ganze Artikel, eine schlechthin erteilte Kommission voraus. Wie es aber bei der Ausführung einer in der angegebenen Weise modifizierten Kommission durch Verkauf an einen Dritten der besonderen Berücksichtigung des fraglichen Umstandes bei der Rechenschaftslegung bedarf, so kann von derselben bei der Selbstübernahme um so weniger abgesehen werden, wenn, wie in concreto, die Selbstübernahme darauf zu deuten scheint, daß die vom Kommittenten ins Auge gefaßte Eventualität eingetreten sei. Es genügt also nicht, daß, wie der Berufungsrichter ausführt, der Kläger trotz anhaltender Baisse Veranlassung haben konnte, die Papiere zu übernehmen, sondern der Kläger mußte darlegen, daß und warum er es im Interesse des Kommittenten gelegen erachtet habe, die Kommission auszuführen. Eine derartige Darlegung hat der Kläger dem Beklagten weder vor dem Prozeß gemacht, noch in erster Instanz vorgebracht. Allerdings bemerkt er in dem vorbereitenden Schriftsatze vom 25. November 1880 (sogenannte Replik), „er habe bei der Vornahme des Verkaufes ganz im Interesse des Beklagten gehandelt, selbst wenn er angenommen haben sollte, daß das Ende der Baisse bevorstände. Er habe sich nämlich sagen müssen, daß der Beklagte bei seiner Geschäftslage doch in nächster Zeit seine Effekten realisieren lassen müßte und daß innerhalb dieser Zeit die Baisse dann doch wohl noch nicht beendet sein, ein augenblickliches Zurückhalten der

beklagtischen Effekten also auch keinen Zweck haben würde". Diese Argumentation würde zulässig sein, wenn dem Kläger eine selbständige Fürsorge für das Wohl des Beklagten obgelegen hätte. Der Kommissionär, der sich an die Erklärungen des Kommittenten halten muß, war dazu nicht befugt, gegen dessen Willen für sein Wohl zu sorgen.

Ebensowenig stichhaltig ist das in der Berufungsschrift gebrauchte Argument des Klägers, er habe mit dem Beklagten abbrechen wollen; denn dieser Zweck entbindet ihn nicht von der Erfüllung der ihm als Kommissionär obliegenden Verpflichtung, der Vorschrift des Kommittenten gemäß zu handeln. Dies Argument kann nur insofern verwertet werden, als es gegen die Annahme gerichtet ist, aus der Selbstübernahme gehe notwendig die Annahme des Klägers hervor, die Baisse sei beendet.

Erst in der Berufungsinstanz bringt der Kläger zum Zwecke der Rechtfertigung seiner Annahme, die Baisse sei noch nicht beendet, verschiedene Behauptungen über die Richtung, welche die Kurse am 6. März genommen hatten, vor, und dieselben werden im Thatbestand des Berufungsurteiles erwähnt.

Dieses Vorbringen hätte der Berufungsrichter würdigen, bezw. da der Beklagte dasselbe bestreitet, darüber Beweis erheben sollen.

Hierin, bezw. in der ganzen dargestellten Auffassung dieses Punktes liegt ein Verstoß gegen Rechtsgrundsätze, in specie gegen Art. 361 H.G.B.

2. Der Kommissionär hat unter der Voraussetzung des Art. 376 H.G.B. die Wahl, ob er die Kommission durch Abschluß mit Dritten oder durch Eintritt als Selbstkontrahent ausführen will. Ist er aber einmal nach der einen oder der andern Richtung vorgegangen, so ist er gebunden, das heißt, er kann dem Kommittenten gegenüber nur diejenige Art der Ausführung der Kommission geltend machen, welche wirklich stattgefunden hat.

Als Selbstkontrahent tritt der Kommissionär ein, indem er dies dem Kommittenten erklärt. Diese Erklärung gilt als erfolgt, sobald sie behufs ihrer Absendung abgegeben ist (Art. 377 H.G.B.). Hat der Kommissionär die Ausführung des Auftrages ohne nähere Angabe angezeigt, so kann darin die Erklärung liegen, als Selbstkontrahent einzutreten, aber auch die Anzeige, mit einem Dritten kontrahiert zu haben. Äußert sich nun der Kommissionär später dem Kommittenten

gegenüber dahin, er sei als Selbstkontrahent eingetreten, so liegt darin eine Präzisierung der ersten Erklärung in dem Sinne, der Kommissionär habe durch seine erste Erklärung als Selbstkontrahent eintreten wollen, und der Kommittent hat dieses Rechtsverhältnis anzuerkennen, wenn er nicht den Beweis führt, daß der Kommittent mit einem Dritten abgeschlossen habe. Geht die Äußerung aber dahin, er habe mit einem Dritten kontrahiert, so liegt hierin begrifflich keine Willenserklärung, sondern nur ein Referat, es wird kein Rechtsverhältnis begründet, sondern es wird mitgeteilt, daß ein solches begründet worden sei. Ist diese Mitteilung richtig, was auf Verlangen der Kommissionär darzuthun hat, so hat der Kommittent das Rechtsverhältnis anzuerkennen; ist sie nicht richtig, so ist eben der Auftrag nicht ausgeführt. Jedenfalls aber ist durch diese Äußerung die Möglichkeit, die erste allgemeine Anzeige der Ausführung des Auftrages als Erklärung des Eintritts als Selbstkontrahent aufzufassen und nachträglich in diesem Sinne zu präzisieren, ausgeschlossen. Es kann dahingestelltbleiben, ob der Kommissionär eine derartige, über die Ausführung des Auftrages abgegebene Erklärung als irrtümlich erfolgt zurücknehmen[1] und darlegen kann, daß die erste allgemeine Ausführungsanzeige als Eintrittserklärung beabsichtigt gewesen. Jedenfalls würde der Kommittent den Irrtum substanziiert darzulegen und nötigenfalls die betreffenden Umstände zu beweisen haben.

Nun ist in dem als Klagebeantwortung bezeichneten vorbereitenden Schriftsatze des Beklagten, auf welchen im Thatbestande des ersten und implicite im Thatbestande des zweiten Urteiles Bezug genommen ist, Folgendes behauptet:

> Als nach Übersendung des Kontokorrentes im März Differenzen unter den Parteien entstanden, beauftragte Beklagter seine Brüder E. und H. Scholz mit dem Kläger über die Differenzen eine Einigung zu erzielen, teilte diesen Auftrag dem Kläger mit und ersuchte denselben, sich zu diesem Zwecke mit seinen Brüdern in Verbindung zu setzen. Kläger acceptierte dies, und fand die Zusammenkunft im April 1880

[1] Die Zulässigkeit der Zurücknahme einer solchen Erklärung „auf Grund erweislichen Irrtums" ist anerkannt worden im Urteil I. Civilsenats vom 7. Dezember 1881 i. S. W. u. C. B. w. J. Rep. I. 182/81. D. E.

statt. Bei dieser Gelegenheit erklärte der Kläger bezüglich der in Rede stehenden Geschäfte, daß er die betreffenden Papiere thatsächlich an der Börse an dritte Personen verkauft habe und jederzeit imstande sei, die Schlußscheine über die wirklich stattgehabten Verkäufe vorzulegen.

Der Kläger stellt in seinem in derselben Weise von den beiden Richtern in Bezug genommenen vorbereitenden Schriftsatze („Replik") den „Sachverhalt" so dar:

Kläger begab sich auf Ersuchen des Beklagten zu den Brüdern desselben, weil diese, wie sie sagten, über den Stand der Geschäfte ihres Bruders sich informieren wollten. Kläger brachte auf ihren Wunsch die Schlußscheine über die bezüglichen Geschäfte mit. Als er ihnen einen Schlußschein vom 6. März 1880 über 15 000 Diskontokommanditanteile 17 575 unterzeichnet von Joseph Stern vorlegte, behaupteten sie, die Zahlen seien darin geändert. Kläger erklärte ihnen darauf, nach solchen Behauptungen könne er überhaupt nicht weiter mit ihnen verhandeln, und brach die Verhandlung ab. Mehr hat Kläger über die fraglichen Geschäfte mit den Brüdern des Beklagten nicht gesprochen, insbesondere auch kein Wort davon gesagt, daß er die betreffenden Papiere thatsächlich an der Börse an Dritte verkauft habe und jederzeit imstande sei, die Schlußscheine über die wirklich stattgehabten Verkäufe vorzulegen.

In der Berufungsinstanz behauptete der Beklagte nach dem Thatbestande des Berufungsurteiles, um der seiner angeführten Erklärung vom ersten Richter zu Teil gewordenen Auslegung entgegenzutreten, unter Eideszuschiebung,

bereits im Mai 1880 habe Kläger den Brüdern des Beklagten erklärt, daß er die am 6. März 1880 ausgeführten Geschäfte durch Verkauf der Papiere für Rechnung des Beklagten an dritte Personen effektuiert habe.

Sind die Behauptungen des Beklagten richtig, so hatte der Beklagte seine Brüder allerdings nicht zum Abschluß einer Vereinbarung mit dem Kläger bevollmächtigt, wohl aber hatte er sie mit Verhandlungen „zur Erzielung einer Einigung über die (in Frage stehenden) Differenzen mit dem Kläger" beauftragt, und der Kläger hatte sich auf diese Verhandlungen in dem angegebenen Sinne eingelassen. Hat nun bei diesen oder weiter im Mai stattgefundenen Verhandlungen der Kläger

die Erklärung mit dem vom Beklagten behaupteten Inhalte abgegeben, so muß dieselbe so angesehen werden, als sei sie dem Beklagten selbst gegenüber abgegeben, und erscheint daher als eine Präzisierung der ursprünglichen, allgemein gehaltenen Ausführungsanzeige mit den oben entwickelten rechtlichen Wirkungen, denn daß die Erklärung irrtümlich abgegeben worden sei, wird nicht einmal behauptet.

Diese Konsequenzen zieht der Berufungsrichter nicht, erklärt vielmehr den Einwand für unwesentlich. Seine Begründung erscheint aber als rechtsirrtümlich. Diese geht zunächst dahin,

> bei jenen Besprechungen sei nämlich nicht über das Wahlrecht des Klägers verhandelt, sondern vielmehr lediglich untersucht worden, ob vom Kläger, gleichgültig an wen, effektuiert sei oder nicht.

Es erhellt nicht, worauf diese Annahme sich stützt. Soll sie aus den mitgeteilten Behauptungen entnommen sein, so ist sie irrig, sollte dieselbe aber als eine aus nicht mitgeteilten Parteibehauptungen entnommene thatsächliche Feststellung gemeint sein, so würde sie doch bedeutungslos sein; denn, hat der Kläger die Erklärung so abgegeben, wie sie im Thatbestande des Berufungsurteiles angegeben ist, so verliert dieselbe dadurch, daß sie bei einer Verhandlung abgegeben ist, welche auf den vom Kläger behaupteten Zweck beschränkt ist, nicht an ihrer entwickelten Bedeutung. Die weitere Ausführung aber,

> der Kläger habe den Brüdern des Beklagten sehr wohl eine allgemeine Erklärung abgeben können, daß er für den Beklagten an dritte Personen verkauft habe, da er ja in der That einen erheblichen Teil der für den Beklagten infolge Auftrages vom 5. März 1880 am 6. März effektuierten Wertpapiere unstreitig an dritte Personen verkauft habe,

mag an sich ganz richtig sein, ist aber für den vorliegenden Fall völlig bedeutungslos, weil die Behauptung des Beklagten in der Berufungsinstanz nicht dahin geht, der Kläger habe erklärt, am betreffenden Tage überhaupt Geschäfte für Rechnung des Beklagten abgeschlossen zu haben, sondern dahin, er habe erklärt, daß er „die am 6. März 1880 ausgeführten Geschäfte für Rechnung des Beklagten an dritte Personen effektuiert habe", die fraglichen vier Geschäfte aber in dem vom Kläger vorgelegten Buchauszuge als am 6. März 1880 ausgeführt verzeichnet sind.

Der Berufungsrichter hat somit, indem er den betreffenden Einwand des Beklagten als unwesentlich verwarf, gegen die oben entwickelten Grundsätze aus der Lehre von der Kommission verstoßen.

3. Die Erlassung eines Teilurteiles war, wie der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung der Revision selbst zugegeben hat, nur dann gerechtfertigt, wenn zugleich anerkannt war, daß der Beklagte nicht befugt sei, die bemängelten vier Posten aus dem Debet zu streichen und der Streit sich nur auf die Höhe dieser Posten beschränkte. Sobald jedoch die erste Frage noch nicht entschieden, die Möglichkeit also gegeben war, daß das Schlußresultat des Kontokorrents sich so gestalte, daß der Saldo des Klägers unter die Summe von 21 060,75 ℳ herabsank, war das Teilurteil ungerechtfertigt.

4. Nach §. 499 C.P.O. sind Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichtes alle einen zuerkannten und aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt und nicht entschieden ist. Eine Ausnahme hiervon wird in §. 500 Nr. 3 gemacht, wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruches durch das angefochtene Urteil, wie dies nach §. 276 zulässig ist, über den Grund des Anspruches *vorab* entschieden ist. Ist in diesem Falle der Grund des Anspruches im Berufungsurteile als vorhanden anerkannt, so ist die Sache zur Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückzuverweisen. Allein über den Grund „*vorab*" entschieden ist nicht dann, wenn das Urteil thatsächlich nur eine Entscheidung über den Grund des Anspruches enthält, sei es, daß derselbe als vorhanden anerkannt, oder daß es verworfen ist, sondern nur dann, wenn das Gericht *vorher beschlossen* hatte, es solle nur über den Grund entschieden werden. Dies war im vorliegenden Falle in erster Instanz nicht geschehen, es konnte vielmehr, weil der ganze Anspruch nicht für genügend begründet erachtet und die Klage abgewiesen wurde, auf die Frage nach dem *Betrage* des Anspruches überall nicht eingegangen werden. Da sonach die Voraussetzung des §. 500 Nr. 3 C.P.O. nicht vorlag, so erscheint es als ein Verstoß gegen §. 499 ebendaselbst, wenn der Berufungsrichter die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Restanspruch und die Zinsen des durch das Teilurteil zugesprochenen Betrages in die erste Instanz zurückverweist. Vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 5 Nr. 117 S. 411."

14. Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Lieferungsvertrages. Deckungskauf vor Ablauf der Nachfrist. Zeitpunkt der Schadensberechnung.

H.G.B. Artt. 355—357.

V. Civilsenat. Urt. v. 19. November 1881 i. S. W. (Kl.) w. J. P. (Bekl.) Rep. V. 725/81.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Aus den Gründen:

„Nach der Feststellung des Berufungsrichters ist zwischen den Parteien ein Vertrag abgeschlossen worden, in welchem die Beklagte sich verpflichtet hatte, für die Zeit vom 1. Dezember 1879 bis Ende Dezember 1880 dem Kläger für den Arbeitstag 1200 Centner gewaschene Kokskohle zu liefern. Die Beklagte ist bei diesen Lieferungen, wie der Berufungsrichter weiter feststellt, in den Monaten Dezember 1879 bis einschließlich Juni 1880 mit 715 $^1/_2$ Waggon rückständig geblieben, will diesen Rest nicht nachliefern, hat auch den Einwand, der Rückstand sei durch Betriebsstörungen entstanden, nicht spezifiziert. Auf Grund dieses Thatbestandes hält der Berufungsrichter die Beklagte für schadensersatzpflichtig. Trotzdem hat er den wegen Nichterfüllung erhobenen Schadensanspruch des Klägers abgewiesen, und zwar deshalb, weil Kläger die Differenz fordere zwischen dem vertragsmäßig bestimmten Kaufpreise und dem Preise, welchen er bezahlt habe für Beschaffung des fehlenden Quantums von einer anderen Zeche innerhalb der Zeit bis Ende Juni 1880. Diese Ankäufe dürften als Deckungskäufe nicht geltend gemacht werden, weil Kläger durch Schreiben vom 27. Juni 1880 der Beklagten mit der Nachlieferung bis zum 5. Juli d. J. Ausstand erteilt habe.

Nach dem ergänzten Thatbestande des angegriffenen Urteiles hatte Kläger behauptet und unter Beweis gestellt, es sei der Preis, welchen er für die anderweitig beschafften Kohlen von der Beschaffenheit der von der Beklagten zu liefernden Kohlen bezahlt habe, der marktgängige und angemessene gewesen in der ganzen Zeit von Januar bis einschließlich Juni 1880. Weil der Berufungsrichter auf diese Behauptung

bei seiner Entscheidung keine Rücksicht genommen hat, beschuldigt ihn die Revision mit Recht einer Verletzung der Artikel 355—357 H.G.B.

Im Anschluß an die bislang in Lehre und Rechtsprechung[1] stets festgehaltene Ansicht war davon auszugehen, daß auch bei Nicht-Fixgeschäften die Differenz zwischen dem Marktpreise und dem Kaufpreise zur Zeit und am Orte der geschuldeten Lieferung als erwiesener Schade des Käufers gilt, wenn dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert und nach Maßgabe der Bestimmungen der Artt. 355. 356 zu fordern berechtigt ist. Eine Berechtigung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen, wird dem Kläger vom Berufungsrichter an sich zuerkannt, es folgt daraus die Berechtigung, die erwähnte Differenz zu fordern, und wenn diese, wie Kläger behauptet, gleich ist mit der Differenz zwischen dem vertragsmäßig zwischen den Parteien bestimmten Kaufpreise und dem wirklich für anderweitig beschaffte Kohlen gezahlten Preise, so kommt es darauf, ob und wann diese beschafft worden sind, nicht weiter an; es ist das eine für die Begründung des Klaganspruches überflüssige und unerhebliche Thatsache, insbesondere deshalb, weil die Höhe des angeblich gezahlten Preises gerechtfertigt wird durch die Bezeichnung desselben als eines allgemein üblichen, angemessenen, marktgängigen Preises, auch bezüglich des Zeitpunktes, zu welchem die anderweite Beschaffung stattgefunden haben und für welchen der bezeichnete Marktpreis herrschend gewesen sein soll — der Zeitraum von Januar bis einschließlich Juni 1880 — kein Unterschied besteht. Es war also Aufgabe des Berufungsrichters, zu untersuchen, ob Kläger einen dem Gesetze entsprechenden Zeitpunkt für die beanspruchte Differenz genommen hatte. In dieser Beziehung besteht in Doktrin und Praxis gleichfalls kein Zweifel darüber, daß der Käufer als das Mindeste seines Schadensanspruches wegen Nichterfüllung die Differenz zwischen Kauf- und Marktpreis fordern darf, welche bei Beginn des Verzuges auf seiten des Verkäufers vorhanden ist. Die nach Art. 356 dem Säumigen zu gewährende Nachfrist ist dabei zum Nachteile des Käufers von keinem Einflusse. Daß im vorliegenden Falle der Kläger durch sein Schreiben vom 27. Juni 1880 der Beklagten mit der Gewährung des Ausstandes bis zum 5. Juli etwas Anderes als die in Art. 356 a. a. O. vorgesehene Nachfrist hat gewähren wollen, hat der

[1] Vgl. Bd. 1 Nr. 88 S. 247; Bd. 6 Nr. 6 S. 26. D. R.

Berufungsrichter nicht festgestellt, wohl aber, daß Beklagte Ende Juni mindestens mit dem fehlenden Betrage an Kohlen im Verzuge war. Daraus mußte rechtlich gefolgert werden, es sei Kläger befugt, den Ende Juni herrschenden Marktpreis seiner Forderung zu Grunde zu legen.

Sonach erschien die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses geboten."

---

15. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Art. 347 H.G.B. Begriff des Distanzgeschäftes.

I. Civilsenat. Urt. v. 2. November 1881 i. S. L. & Co. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. I. 593/80.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Aus den Gründen:

„Voraussetzung der Anwendung des Art. 347 H.G.B. ist, „daß Ware von einem andern Orte übersendet ist," d. h. daß die Ware zum Zwecke der Erfüllung des Kaufes vom Verkäufer oder auf dessen Anordnung dem Käufer oder dem von diesem aufgegebenen Dritten übersendet worden ist. Was ursprünglich vereinbart worden, ist nicht maßgebend. War nach dem Kaufvertrage inter praesentes zu erfüllen, so braucht zwar der Verkäufer die spätere Weisung des Käufers, ihm die Ware zu übersenden, nicht zu befolgen, befolgt er sie aber, so kommt Art. 347 zur Anwendung. Soll nach dem ursprünglichen Vertrage der Verkäufer die Ware übersenden, so kann er sich der Regel nach nicht weigern, dem Anfordern des Käufers, sie inter praesentes zu tradieren, zu entsprechen, und entspricht er demselben, so kommt Art. 347 nicht zur Anwendung.

Gleichgültig für den Begriff der „Übersendung" ist,

1. ob der Verkäufer die Person, welche den Transport ausführt (Frachtführer, Verfrachter) oder die Besorgung der Ausführung übernimmt (Spediteur), selbst wählt, oder ob dieselbe vom Käufer bezeichnet ist;

2. ob der Verkäufer mit dem Frachtführer oder Verfrachter oder mit dem Spediteur selbst abschließt, und zwar

a) in eigenem Namen oder im Namen des Käufers,

b) für eigene Rechnung oder für Rechnung des Käufers,

oder ob der Käufer mit diesen Personen abschließt, oder ob der Transport durch die Leute des Käufers, durch dessen Mandatar oder negotiorum gestor vorgenommen wird.

3. Auch darauf kommt es an sich nicht an, ob der Verkäufer im voraus weiß, nach welchem Orte die Ware zu senden ist, oder ob dies vom Käufer bestimmt werden soll. Bei der Versendung über See kommt es täglich vor, daß dem Verfrachter erst unterwegs der Ablieferungsort bezeichnet wird, und wenn es sich hier auch gewöhnlich nur um die nähere Präzisierung einer allgemeinen oder alternativen Angabe handelt, so kann doch sehr wohl ganz allgemein eine Vereinbarung dahin getroffen sein, daß die Ware an den dem Frachtführer, Verfrachter oder Spediteur vom Käufer aufzugebenden Ort gesendet werden soll.

Notwendige Voraussetzung des Art. 347 ist ferner, daß die Ware noch nicht empfangen ist. Empfangen werden kann sie aber auch von der den Transport der Ware vornehmenden oder die Besorgung desselben übernehmenden Person. In welcher der verschiedenen oben angegebenen Weisen diese Person bestellt sein mag, immer kann es vorkommen, daß dieselbe mit dem Empfange betraut ist. Es kann z. B. vereinbart sein, daß der Verkäufer den Spediteur auswähle, den gewählten aber zugleich mit dem Empfange der Ware im Namen des Käufers beauftrage. Häufiger wird es vorkommen, daß, wenn der Käufer den Spediteur wählt, er denselben mit dem Empfange beauftragt, oder daß er, wenn er die Ware selbst abholen läßt, den Abholenden damit beauftragt oder dazu bevollmächtigt.

Ob dem Spediteur oder der sonstigen betreffenden Person diese Funktion zugewiesen ist und ob eine Erklärung über den Empfang erfolgt ist bezw. ob in der Übernahme zugleich eine Empfangserklärung gefunden werden kann, ist Thatfrage. Bei Beurteilung derselben kann der Umstand, ob der Verkäufer oder der Käufer die betreffende Person bestimmt hat, ferner ob der Ablieferungsort im voraus bestimmt ist oder erst vom Käufer zu bestimmen ist, sehr bedeutsam werden."

16. Ist die Vorschrift des §. 120 Abs. 3 der Gewerbeordnung in der durch das Gesetz vom 17. Juli 1878 bestimmten Fassung (§. 107 der ursprünglichen Fassung) als ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des A.L.R.'s I. 6. §. 26 anzusehen?

V. Civilsenat. Urt. v. 21. Dezember 1881 i. S. On. in Firma F. F. R. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. V. 732/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Gründe:

„Die Entscheidung des Berufungsrichters beruht auf der Annahme, daß die Vorschrift des §. 120 Abs. 3 der Novelle zur Gewerbeordnung vom 17. Juli 1878, folgendermaßen lautend:

„Die Gewerbeunternehmer sind endlich verpflichtet, alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebes und der Betriebsstätte zu thunlichster Sicherheit gegen Gefahr für Leben und Gesundheit notwendig sind,"

als ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des §. 26 A.L.R. I. 6 anzusehen sei.

Diese Annahme erscheint unrichtig.

Allerdings ist anzuerkennen, daß die erwähnte Vorschrift der Gewerbeordnung auf Schadensverhütungen abzielt; allein dieses genügt für die Anwendung des §. 26 a. a. O. nicht, vielmehr setzt diese außerdem voraus, daß es sich um ein „Polizeigesetz" handelt. Nach dem Wortlaute des Paragraphen muß man annehmen, daß die beiden Voraussetzungen für die Anwendung der in demselben getroffenen Bestimmung verschieden sein sollen, daß mithin nicht eine jede auf Schadensverhütungen abzielende Vorschrift als ein Polizeigesetz im Sinne des Paragraphen angesehen werden kann. Es fragt sich also, was unter dem Ausdrucke „Polizeigesetz" in dem erwähnten Paragraphen zu verstehen ist.

Der §. 10 A.L.R. II. 17 bestimmt den Begriff der Polizeigerichtsbarkeit dahin:

„Die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe,

Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizei."

In dem §. 11 a. a. O. ist hinzugefügt, daß die Untersuchung und Bestrafung der gegen „solche Polizeigesetze" begangenen Übertretungen der Polizeigerichtsbarkeit zukomme.

Die Polizeigesetzgebung wird hier von der allgemeinen Gesetzgebung unterschieden, und man könnte hieraus folgern, daß die in den allgemeinen Gesetzen enthaltenen Vorschriften, welche die im §. 10 a. a. O. erwähnten Zwecke betreffen, nicht zu den „Polizeigesetzen" zu rechnen seien.

Für diese Ansicht würde man eine Unterstützung aus den §§. 25 bis 36 A.L.R. II. 15 entnehmen können. Dort finden sich Vorschriften, welche das Ausweichen auf öffentlichen Wegen betreffen, und welche, da es sich dabei um „Anstalten zur Abwendung der dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr" handelt, an sich als polizeiliche angesehen werden müssen. Nichtsdestoweniger verweist der §. 35 a. a. O. in betreff der Verpflichtung zum Ersatze des durch Verabsäumung dieser Vorschriften einem Anderen zugefügten Schadens nicht auf §. 26 A.L.R. I. 6, sondern auf die allgemeinen Bestimmungen in den §§. 11 flg. dieses Titels.

Indessen ergiebt der Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuches für die preußischen Staaten, daß eine derartige äußerliche Unterscheidung zwischen den allgemeinen Gesetzen und Polizeigesetzen nicht hat gemacht werden sollen, daß vielmehr auch Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes im Sinne desselben als Polizeigesetze anzusehen sind.

In einer Anmerkung zu dem §. 5 des Titels von den Rechten und Pflichten des Staates überhaupt im Entwurfe (Teil I Abteilung 3 Titel 1) heißt es nämlich: „Polizeigesetze, welche die Aufrechthaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung zur Absicht haben, werden in dem letzten Titel der gegenwärtigen Abteilung (welcher dem Titel 20. II des Allgemeinen Landrechtes entspricht) vorgetragen. Von denjenigen, welche gewisse Arbeiten von Gewerben, Nahrungsbetrieben oder einzelne Geschäfte betreffen, sind einige in der zweiten Abteilung enthalten, und andere werden im Sachenrecht bei Abhandlung der verwandten Materien vorkommen. Die übrigen sind entweder bloße Zeitgesetze, oder sie beziehen sich nur auf gewisse Örter oder Provinzen.

In beiderlei Rücksicht aber gehören sie nicht in das allgemeine Gesetzbuch." Hieraus ergiebt sich, daß die Verfasser des Allgemeinen Landrechtes die Polizeigesetze nicht in der Weise den allgemeinen Gesetzen haben gegenüberstellen wollen, daß die in diesen enthaltenen Vorschriften nicht als Polizeigesetze anzusehen seien, auch wenn ihr Inhalt den Charakter derselben habe.

Wenn man nun die Paragraphen, in welchen das Allgemeine Landrecht auf Polizeigesetze verweist, vergleicht, so gelangt man zu dem Resultate, das bei solchen Gesetzen regelmäßig eine ins Einzelne gehende Anordnung, und nicht bloß ein allgemeiner Grundsatz, aus welchem für die Anwendung im einzelnen Falle erst spezielle Folgerungen gezogen werden müssen, vorausgesetzt wird. So werden im A.L.R. I. 8. §. 82; I. 9. §§. 117. 127. 142. 184. 186. 325; I. 23. §. 81; II. 8. §§. 398. 399; II. 20. §. 1556 die zur Ergänzung der bezüglichen allgemeinen Vorschriften des Landrechtes erforderlichen „näheren" oder speziellen Bestimmungen den Polizeigesetzen vorbehalten.

Gleichfalls muß nach dem Inhalte von A.L.R. I. 9. §. 87; II. 8. §. 442; II. 20. §§. 458. 512. 1107 angenommen werden, daß das Landrecht davon ausgeht, die dort erwähnten Polizeigesetze enthielten nicht bloß allgemeine Grundsätze, sondern Vorschriften, deren Anwendbarkeit auf den einzelnen Fall sich ohne Schwierigkeiten beurteilen lasse.

In Übereinstimmung hiermit stehen auch die Marginalien und das Register zum Landrechte.

Die Marginalien bezeichnen die §§. 243—247 A.L.R. II. 15, welche teils sich auf gewisse Beschränkungen bei der Anlage und Betreibung von Mühlen beziehen, teils besondere Vorschriften zum Schutze der Mühlen enthalten, als „Polizeigesetze in Mühlensachen", sowie die §§. 1538 flg. A.L.R. II. 20, welche es zunächst jedem allgemein zur Pflicht machen, Vorsicht anzuwenden, damit durch sein Verhalten kein Feuerschade entstehe, dann aber auch eine Reihe spezieller polizeilicher Anordnungen enthalten, als „Polizeigesetze zur Verhütung der Feuersbrünste".

Das Register führt außer den obenerwähnten §§. 243 flg. A.L.R. II. 15 und §§. 1538 flg. II. 20 die §§. 1—6, 119 flg., 180 flg., 692 flg., 888 flg., 999 flg., 1231 flg. und 1248 flg. II. 20 als Polizeigesetze auf. Von diesen enthalten die §§. 1—6 allerdings zum Teil allgemeine Vorschriften; im übrigen werden aber in denselben einzelne Anordnungen getroffen, welche die Verhütung gewisser Verbrechen bezwecken.

Hiernach ist es nicht gerechtfertigt, eine so allgemeine und unbestimmt lautende Vorschrift, wie die erwähnte, in dem §. 120 Abs. 3 der Novelle zur Gewerbeordnung enthaltene, deren Tragweite in dem einzelnen Falle oft zweifelhaft ist, und in betreff deren das Gesetz selbst, wie der weitere Inhalt des Absatzes ergiebt, eine Ergänzung durch besondere Vorschriften ins Auge gefaßt hat, als ein Polizeigesetz im Sinne des §. 26 A.L.R. I. 6 anzusehen, zumal dieser Paragraph einen singulären Charakter hat und daher im Zweifel einschränkend auszulegen ist.

Auch trifft der Grund, worauf die Vorschrift des §. 26 a. a. O. beruht, bei einer Vernachlässigung des §. 120 Abs. 3 der Novelle nicht zu. Der §. 26 enthält für denjenigen, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz nicht beobachtet, besonders ungünstige Bestimmungen in betreff des Schadensersatzes. Der Grund hierfür kann nur darin gefunden werden, daß die in der Übertretung eines solchen Polizeigesetzes liegende Verschuldung als eine besonders qualifizierte angesehen worden ist. Eine solche Beurteilung der Übertretung ist aber nur berechtigt, wenn es klar vorliegt, was nach dem Polizeigesetze zu thun oder zu unterlassen ist. Aus dem §. 120 Abs. 3 ergeben sich aber keineswegs immer sofort und mit Sicherheit die im einzelnen Falle zu treffenden Vorkehrungen und Anstalten. Es liegt daher häufig, wenn eine Einrichtung, die bei näherer Untersuchung zum Schutze der Arbeiter als geboten angesehen werden muß, unterlassen worden ist, nur ein unbedeutendes Versehen auf seiten des Gewerbeunternehmers vor.

Hiernach muß das angefochtene Erkenntnis, da es auf einer irrigen Auslegung des §. 26 A.L.R. I. 6 beruht, aufgehoben werden."[1]

[1] Abweichend hiervon hat der III. Senat des Reichsoberhandelsgerichts in einem Erkenntnisse vom 29. November 1877 (Rep. 77/1411) die Vorschrift des §. 107 der Gewerbeordnung für ein auf Schadensersatz abzielendes Polizeigesetz im Sinne des A.L.R.'s I. 6. §. 26 erklärt, indem ausgeführt ist, daß zur Anwendung des §. 26 a. a. O. obrigkeitliche Verfügungen, welche ganz bestimmte Anordnungen träfen, nicht erforderlich seien; so habe schon die frühere preußische Praxis den §. 26 für anwendbar erklärt, wenn Straßen, Brücken und Wege von dem Verpflichteten nicht gehörig unterhalten und wenn bei Wasserbauten nicht gehörige Vorrichtungen zum Schutze der Schiffe getroffen worden seien. Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 14 S. 97; Bd. 37 S. 37. D. E.

17. Ist im Konkurse die vorher vom Gemeinschuldner vertragsmäßig einem Gläubiger erteilte Ermächtigung, sich wegen einer durch Kaution gesicherten Forderung zunächst an das andere Vermögen des Schuldners zu halten, im Falle des Konkurses die ganze Forderung zu liquidieren und geltend zu machen und sich nur wegen des Ausfalles aus der bestellten Sicherheit zu decken, unwirksam und wird dieselbe durch Abschluß eines Zwangsvergleiches wieder wirksam?

V. Civilsenat. Urt. v. 21. Januar 1882 i. S. M. B. (Bekl.) w. G. Y. (Kl.) Rep. V. 783/81.

I. Landgericht Duisburg.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Im Konkurse über das Vermögen des Beklagten ist ein gerichtlich bestätigter Zwangsvergleich geschlossen worden. Kläger hatte eine unbestrittene Forderung von 20 585 ℳ angemeldet. Ihm war für seine Forderung vom Beklagten eine hypothekarische Kaution in Höhe von 15 000 ℳ mit der Abrede bestellt, daß er ermächtigt sein sollte, sich wegen der durch die Kaution gesicherten Forderung auch an das sonstige Vermögen des Beklagten zu halten und sich daraus bezahlt zu machen, ohne sich vorab an die Kaution verweisen lassen zu müssen, und im Falle des Konkurses die gesamte Forderung gegen die Konkursmasse zu liquidieren und geltend zu machen, sodaß nur der dabei sich ergebende Ausfall aus der Kaution zu decken wäre.

Im Zwangsvergleichstermine bezeichnete Kläger mit Rücksicht auf die Kaution als seinen mutmaßlichen Ausfall den Betrag von 10 585 ℳ und ist auf Höhe desselben zum Mitstimmen zugelassen.

Beklagter hat die Zwangsvergleichsraten nur für die 10 585 ℳ, nicht aber für die 10 000 ℳ, welche als durch die Kaution mutmaßlich gedeckt angesehen waren, bezahlt.

Auf erhobene Klage ist Beklagter durch Urteil erster Instanz verurteilt, die Vergleichsraten auch von den 10 000 ℳ zu zahlen. Die mit dem Antrage auf Abweisung der Klage eingelegte Berufung ist zurückgewiesen. Auf Revision des Beklagten hat das Revisionsgericht das Berufungsurteil aufgehoben und unter Abänderung des ersten Urteiles den Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsurteil spricht dem Kläger für seine unstreitige Forderung an den Beklagten die in dem Konkurse über das Vermögen des letzteren festgestellte Zwangsvergleichsrate auch soweit zu, als die Forderung durch hypothekarische Kaution gesichert ist, indem es ausführt, daß nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich die zwischen den Parteien getroffene Abrede, nach welcher die Verweisung des Klägers auf das Pfand ausgeschlossen worden, wirksam sei.

Der vom Revisionskläger hiergegen erhobene Angriff der Verletzung des Gesetzes, namentlich des Verkennens der Natur des Zwangsvergleiches, ist begründet.

Nach §. 57 Konk.-Ordn. kann der Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, seine Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist.

Nach diesem Gesetze haben also im Konkurse des Schuldners die durch Hypothek oder Pfand gesicherten Gläubiger ihre volle Forderung gegen die Pfandobjekte, in betreff des übrigen Vermögens des Schuldners aber nur eine Ausfallsforderung, wie das R.O.H.G., Entsch. Bd. 9 S. 97, für die bei diesem Punkte mit der Reichskonkursordnung gleiche preußische Konkursordnung mit Recht ausgeführt hat.

Das Recht, die durch Hypothek oder Pfand gesicherten Gläubiger zunächst an das Pfand zu verweisen, steht nach §. 57 a. a. O. den übrigen Konkursgläubigern zu, sodaß es durch einen Vertrag des Gemeinschuldners mit dem Absonderungsgläubiger vor dem Konkurse nicht ausgeschlossen werden kann. Dem entsprechend wird in den Motiven zu §. 57 gesagt:

„Wenn der Gemeinschuldner schon berechtigt sein würde, die Pfandgläubiger zunächst an das Pfand zu verweisen, um wieviel mehr muß die Berechtigung dazu den Konkursgläubigern zuerkannt werden. Ihre Berechtigung ist unbedenklich, auch wenn der Schuldner ein beneficium excussionis nicht hat ꝛc. Im Resultate erhält der Gläubiger aus der Konkursmasse nie mehr als die Anteile von demjenigen Betrage, zu welchem seine Forderung aus der Spezialmasse nicht befriedigt wird." Die vertragsmäßige Ausschließung der Verweisung des Klägers an die

Hypothek ist daher, was das Berufungsgericht dahingestellt läßt, für den Konkurs wirkungslos.

Nun ist zwar die Ausführung des Berufungsgerichtes richtig, daß §. 57 a. a. O. nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Absonderungsberechtigten und den Konkursgläubigern regelt. Seine fernere Annahme aber, daß diese gesetzliche Regelung des Rechtsverhältnisses durch Abschluß des Zwangsvergleiches beseitigt sei, widerspricht dem Gesetze.

Nach §. 178 a. a. O. ist der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigte Konkursgläubiger. Nur die Rechte der Konkursgläubiger, nicht die der Absonderungsberechtigten als solcher, werden durch den Zwangsvergleich berührt. Um Rechte aus dem letzteren geltend zu machen, wie Kläger will, hat er nicht nur nachzuweisen, daß er Gläubiger des Beklagten ist, sondern er muß nicht bevorrechtigter Konkursgläubiger sein; inwieweit er, ein Absonderungsberechtigter, dies ist, kann nur nach §. 57 a. a. O. bestimmt werden. Gegenstand und Zweck des Zwangsvergleiches kann es nicht sein, den Absonderungsberechtigten als Konkursgläubigern Rechte zu geben, welche sie bis dahin nicht hatten, nämlich das Recht, sich nicht an das Pfand verweisen zu lassen, vielmehr soll der Zwangsvergleich direkt regelmäßig nach §. 168 a. a. O. allen gleiche Rechte geben, dies Recht gewiß nicht indirekt aufheben.

Der Zwangsvergleich tritt seinem Wesen nach an die Stelle der Realisierung und Verteilung der Masse, wie die Motive zur K.O. bestätigen.

In diesen heißt es:

„So verlangt der Vergleich, zur Wohlthat für den Schuldner, vornehmlich aber im Interesse der Gläubiger, seine Stelle im Konkurse, nicht als Mittel zur Beseitigung, sondern als ein ordnungsmäßiger Ausgang des Verfahrens"

und:

„Die Zahlungsunfähigkeit hat unmöglich gemacht, alle Gläubiger voll und sofort zu befriedigen. Um ihre gleichmäßige Befriedigung herbeizuführen, muß das Verfahren unumgänglich die allgemeine, dem Stande der Sache entsprechende Befriedigungsquote ermitteln ꝛc. Im Wege des Vergleiches die Quote festzustellen, führt eher und sicherer zum Ziele."

Die unbedingte Zulässigkeit der Verweisung Absonderungsberech-

tigter an das Pfand, auch nach abgeschlossenem Zwangsvergleiche, liegt, obgleich sie dann nur vom Gemeinschuldner geltend gemacht werden kann, doch im Interesse der Konkursgläubiger, denn der Gemeinschuldner kann eine höhere Quote im Vergleiche geben, wenn nicht durch denselben die durch den Konkurs möglich gewordene Verweisung an das Pfand ausgeschlossen wird. Der Zwangsvergleich hat danach nicht die Wirkung, den durch den Konkurs zulässig gewordenen Einwand, ungeachtet des entgegenstehenden Vertrages, den Kläger an das Pfand zu verweisen, zu beseitigen. Die entgegengesetzte Entscheidung des Berufungsgerichtes verletzt die §§. 57. 178 der K.O. ....

Da neben dem, eine Gesetzesverletzung enthaltenden Grunde ein weiterer nicht gegeben ist, erscheint die Revision nach §. 511 C.P.O. begründet.

Bei Beurteilung der Sache selbst ergiebt sich aus vorstehenden Gründen, daß der Kläger die Zwangsvergleichsquote seiner teilweise durch hypothekarische Kaution gesicherten Forderung an den Beklagten als persönliche Forderung nicht einklagen kann, sofern er seine besondere Sicherheit nicht aufgiebt oder nachweist, daß er bei Realisierung der Sicherheit einen größeren Ausfall erlitten hat, als die 10585 ℳ, für welche er die Vergleichsquote bereits erhalten hat. Für jetzt fehlt es an dieser Bedingung der Forderung, die Klage ist daher, dem Berufungsantrage gemäß, unter Abänderung des ersten Urteiles abzuweisen."

---

18. Ist der Aktionär einer in Konkurs befindlichen Aktiengesellschaft berechtigt, der Klage des Konkursverwalters auf Volleinzahlung der Aktien eine Kompensationseinrede aus einer Forderung gegen die Aktiengesellschaft entgegen zu stellen?

I. Civilsenat. Urt. v. 1. Februar 1882 i. S. L. (Bekl.) w. Assekuranz-Kompagnie von 1874 (Kl.). Rep. I. 655/81.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Inhaber der auf Namen lautenden Aktien der Assekuranzkompagnie von 1874 à 7500 ℳ hatten statutenmäßig auf jede Aktie

nur 1500 ℳ eingezahlt. Nachdem über das Vermögen der Assekuranzkompagnie der Konkurs eröffnet worden, berief der Konkursverwalter die restierenden Beträge von 6000 ℳ für jede Aktie ein. Der Beklagte, welcher mit 22 Aktien beteiligt war, zahlte statt 132000 ℳ nur 110000 ℳ ein und erklärte, gegen den Rest von 22000 ℳ Forderungen, welche ihm in dieser Höhe gegen die Assekuranzkompagnie zuständen, aufzurechnen. Der Konkursverwalter wollte diese Aufrechnung nicht anerkennen und stellte Klage auf Zahlung des gesamten rückständigen Einschusses mit Zinsen an.

Das Landgericht zu Hamburg verurteilte den Beklagten gemäß dem Klagantrage, indem es die Kompensationseinrede für unbegründet erachtete. Der Beklagte wandte Berufung ein und beantragte Abweisung der Klage. Das Reichsgericht wies die gegen das bestätigende Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichtes vom Kläger eingelegte Revision zurück.

Aus den Gründen:

„Die Aktiengesellschaft kann mit dem Aktionär in Rechtsverhältnisse treten, der Aktionär kann Gläubiger und Schuldner der Aktiengesellschaft werden. Für diese Rechtsverhältnisse sind keine besonderen Rechtsgrundsätze maßgebend. Aktionär und Aktiengesellschaft stehen sich wie sonstige verschiedene Personen gegenüber. Auf ihre rechtlichen Beziehungen finden daher auch die Grundsätze über Kompensation, speciell über Kompensation im Konkurs Anwendung.

Anders aber gestaltet sich das Verhältnis, wenn es sich nicht um beliebige, zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft bestehende Rechtsverhältnisse, sondern um das aus dem Statut hervorgegangene Rechtsverhältnis, insbesondere um die Einschußpflicht des Aktionärs handelt.

Eine Aktiengesellschaft kann zur Erreichung der verschiedensten Zwecke errichtet werden. Das Interesse der Aktiengesellschaft braucht nicht notwendig mit dem der Aktionäre zusammen zu fallen. Meist aber wird die Aktiengesellschaft errichtet zur Förderung der Interessen der Aktionäre. Sie wird errichtet, um für Rechnung der Aktionäre thätig zu sein, den Aktionären soll der erzielte Gewinn zukommen, an sie soll nach Auflösung der Gesellschaft das Vermögen derselben fallen. Von diesem häufigsten Zweck der Aktiengesellschaft geht das Handelsgesetzbuch bei seinen rechtlichen Bestimmungen aus.

Da bei der Aktiengesellschaft keine Person mit ihrem Vermögen, sondern jeder Aktionär nur mit dem, was er eingeschossen hat, beziehungsweise nur bis zu dem Betrage, den er einzuschießen versprochen hat, haftet, so ist die Anerkennung einer besonderen Persönlichkeit der Aktiengesellschaft erforderlich, deren Vermögen eben dasjenige bildet, was die Aktionäre eingeschossen beziehungsweise einzuschießen versprochen haben. Wird aber das Unternehmen der Aktiengesellschaft für Rechnung der Aktionäre betrieben, so liegt in der Einzahlung des Aktienbetrages in der That nicht sowohl die Veräußerung eines Teils des Vermögens des Aktionärs an einen Fremden, als vielmehr die Aussonderung dieses Teils aus dem übrigen Vermögen und die Gewährung desselben zu bestimmter Verwendung im Interesse des Gewährenden an eine lediglich zu diesem Zwecke gebildete, keine selbständigen Interessen verfolgende Person. Formell freilich stellt sich die Aktiengesellschaft als Rechtssubjekt dieses abgesonderten Vermögens, folglich auch, soweit die Absonderung noch nicht thatsächlich vollzogen ist, als Gläubiger des Aktionärs dar. Allein alle Konsequenzen hieraus hat das Recht nicht gezogen und konnte es nicht ziehen.

Da der dritte mit der Aktiengesellschaft in rechtliche Beziehung Tretende lediglich an das Vermögen derselben gewiesen ist und gegen die Aktionäre keinen Anspruch hat, so erschien es erforderlich, dafür zu sorgen, daß die Höhe dieses Vermögens evident gemacht, der wahre Wert der Einlagen konstatiert und das Gesellschaftsvermögen nicht durch Rückzahlungen an die Aktionäre vermindert werde. In der That sind nun auch gesetzliche Bestimmungen nach diesen Richtungen erlassen. Eine Voraussetzung der Errichtung der Aktiengesellschaft bildet der Nachweis der Deckung des gesamten Kapitals durch Zeichnung der Aktien, der Einzahlung eines bestimmten Betrages und der Ermittelung des Wertes der vertragsmäßigen, in anderer Weise als durch Geldzahlung gemachten Einlagen. Ferner kann die Aktiengesellschaft, obgleich im übrigen befähigt über das Grundkapital zu verfügen, dasselbe nicht beliebig, weder ganz noch teilweise, den Aktionären zurückgewähren oder diese von der Verpflichtung der Einzahlung befreien. Hiermit ist die Besonderheit dieser Obligationen gesetzlich anerkannt. Diese Besonderheit führt aber weiter dazu, die rechtliche Gleichstellung derselben mit anderen Obligationen auszuschließen, welche zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär nicht auf Grund des Statuts, sondern

aus sonstigen Rechtsgründen, mit anderen Worten: welche zwischen der Aktiengesellschaft und einer Person, die zufällig auch Aktionär ist, entstanden sind. Dies aber wird bedeutsam für die Frage der Kompensabilität.

Stehen zwei zwischen denselben Personen begründete Obligationen gleicher Art sich gegenüber, so gewährt das Recht jeder dieser Personen die Befugnis, dem Verlangen der anderen Person auf Tilgung der einen derselben Widerspruch entgegen zu setzen; denn gerade durch das Gegenüberstehen dieser Obligationen ist ein Zustand hervorgebracht, der mit dem der erfolgten Realisierung beider Obligationen gleichwertig ist, und durch Zahlung der einen Obligation würde dieser Zustand zum Nachteil des Zahlenden aufgehoben, das vorhandene Gleichgewicht gestört werden. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob auf beiden Seiten die Realisierungsmöglichkeit im allgemeinen eine gleiche ist; denn gerade betreffs der einander gegenüberstehenden Obligationen ist die Möglichkeit der besonderen Realisierung durch Aufrechnung in gleicher Weise gegeben. Dafür aber, daß andere Gläubiger des Schuldners nicht etwa durch diese Realisierung indirekt benachteiligt würden, hat der einzelne Gläubiger nicht zu sorgen.

Anders, wenn die Forderungen ihrem Wesen nach ungleichartig sind. Ungleichartig aber sind Forderungen nicht nur dann, wenn die Sachen, auf welche sie sich beziehen, verschiedene sind, sondern auch, wenn dieselben zu einem von beiden Seiten anerkannten verschiedenen Zweck geleistet werden.

Die statutarische Verpflichtung des Aktionärs geht, wie oben ausgeführt, begrifflich nicht dahin, der Aktiengesellschaft wie ein beliebiger Dritter eine Zahlung zu machen, sondern dahin, einen Beitrag zum Gesellschaftskapital zu gewähren. Dieses Gesellschaftskapital aber hat den Zweck der Aktiengesellschaft, den Betrieb des Unternehmens und die Zahlung der Gesellschaftsschulden zu ermöglichen. Hat nun der Aktionär infolge eines mit der Aktiengesellschaft eingegangenen Rechtsverhältnisses gegen dieselbe ebenfalls eine Forderung, so steht diese Forderung jener keineswegs als gleichartige gegenüber. Allerdings würde die Aktiengesellschaft, nachdem sie die Einzahlung erhalten, verpflichtet sein, die Forderung des Aktionärs zu tilgen. Der vorhandene Barvorrat würde also alsbald um ebensoviel vermindert werden, als er durch die Einzahlung vermehrt worden war. Solange die Gesellschaft

solvent ist, wird mithin wenigstens der Regel nach kein Bedürfnis vorliegen, die Ungleichartigkeit der Forderungen zu urgieren und die Kompensation der Forderung des Aktionärs gegen die Einschußforderung zu versagen, und es kann hier dahingestellt bleiben, ob nicht aus diesem Grunde, solange nicht über das Gesellschaftsvermögen der Konkurs erkannt ist, in Ermangelung einer besonderen statutarischen Bestimmung, die Kompensation unbedingt zuzulassen, oder ob im einzelnen Falle zu begründen ist, daß die Kompensation nicht zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger gereicht. Allein nach eröffnetem Konkurse stellt sich das Verhältnis jedenfalls anders. Sobald die Gesellschaft insolvent wird, tritt die Besonderheit der Bestimmungen des Einschusses zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger in evidenter Weise hervor. Während der dem Schuldner als Fremder gegenüberstehende Gläubiger um die Abwickelung der Schulden desselben sich in keiner Weise zu kümmern braucht, würde es vom Aktionär, für dessen Rechnung das Aktiengesellschaftsunternehmen betrieben wird, dolos sein, wenn er den für allgemeine Zwecke der Aktiengesellschaft und insbesondere zur Bezahlung der Gläubiger bestimmten Fonds zur Befriedigung seiner eigenen Forderungen an die Aktiengesellschaft ausschließlich verwenden wollte.

Es muß deshalb angenommen werden, daß bei Begründung der Verpflichtung der Volleinzahlung der Aktien (durch Zeichnung oder spätere Übernahme) die Zulässigkeit jeder Art der Erfüllung, durch welche das Interesse der Gläubiger gefährdet wird, insbesondere also im Fall des Gesellschaftskonkurses die Kompensation mit Forderungen des Aktionärs an die Gesellschaft, von den Beteiligten ausgeschlossen wird.

Gerade bei Aktiengesellschaften, welche, wie die vorliegende, eingerichtet sind, tritt die Bedeutung der versprochenen Nachschußzahlungen als Garantie für die Gläubiger besonders deutlich hervor.

Bei vielen anderen Gesellschaften wird das gesamte gezeichnete Kapital als das zum Geschäftsbetriebe erforderliche Kapital angesehen und die Bestimmung, daß dasselbe nicht auf einmal, sondern ratenweise einzuzahlen ist, wird getroffen zur Erleichterung der Aktionäre oder weil die zum Geschäftsbetrieb erforderlichen Einrichtungen ihrer Natur nach erst in einem längeren Zeitraum fertig gestellt werden können, die Gelder daher erst allmählich notwendig werden oder weil der Betrieb erst allmählich seinen vollen von Anfang an in's Auge gefaßten Umfang erreicht. Anders bei den nach Art der vorliegenden eingerichteten Ver-

sicherungsgesellschaften. Bei diesen wird davon ausgegangen, daß der statutarisch einzuzahlende Teil des Aktienbetrages das gesamte Betriebskapital bilden soll, eine Vermehrung desselben ist von Anfang an nicht beabsichtigt, dasselbe ist so berechnet, und der Betrieb so eingerichtet, daß voraussichtlich ein Nachschuß nicht notwendig wird. Nur für den Fall, daß infolge besonderer Unglücksfälle die gegen die Gesellschaft erwachsenen Forderungen nicht mehr aus den laufenden Einnahmen und dem Betriebskapital bezahlt werden können, soll die Nachschußpflicht der Aktionäre die Möglichkeit gewähren, die Verpflichtung der Gesellschaft zu erfüllen. Gerade die bei dem Betriebe des Versicherungsgeschäfts hervortretende Möglichkeit des Eintrittes gewisser nicht vorhersehbarer und bei aller Sorgfalt nicht zu vermeidender Verluste hat zu einer derartigen Einrichtung geführt, und gerade sie ist es, welche derselben das erforderliche Vertrauen verschafft. Dieses Vertrauen aber würde hinfällig werden, wenn die Versicherten nicht die Überzeugung hätten, daß die Garantie ihnen gleichmäßig gewährt sei, und das Bewußtsein dieses Umstandes schließt die Möglichkeit aus, daß die Aktionäre ihr Nachschußversprechen vernünftiger Weise in einem anderen Sinne aufgefaßt haben können.

Von der Allgemeinheit dieser rechtlichen Überzeugung, insbesondere betreffs der in Hamburg bestehenden Versicherungsgesellschaften geben Zeugnis die in der vorliegenden und in der parallel gehenden Sache Johannes Sch. & S. w. G. N. vorgelegten Statuten und Pläne von dreizehn See- und Fluß-Versicherungsgesellschaften, in welchen überall in meist wörtlicher Übereinstimmung die Bestimmung enthalten ist:

„Kein Aktionist (oder Interessent) kann die von ihm zu zahlenden Einschüsse mit irgend einer Gegenforderung an die Kompagnie, sie möge herrühren woher sie wolle, kompensieren".

Da diese Bestimmung keineswegs als eine willkürliche erscheint, sondern, wie gezeigt, aus der Natur des Verhältnisses sich ergiebt, so kann auch nicht etwa daraus, daß dieselbe in den Statuten der Versicherungsgesellschaft, deren Konkursverwalter klagt, fehlt, ein Argument dafür, daß das Gegenteil hätte bestimmt werden sollen, entnommen werden.

Die Revision war hiernach unter Verurteilung des Revisionsklägers in die Instanzkosten zurückzuweisen, und ist nur noch zu bemerken, daß diese Entscheidung mit den Entscheidungen des fünften

Civilsenates des Reichsgerichtes vom 25. Juni 1881 i. S. B. w. Br. und B. w. Z. Rep. V. 441. 443/81 darum nicht in Widerspruch tritt, weil es sich in den betreffenden letzteren Fällen um die Rechtsgültigkeit einer zwischen den Kommanditisten und den persönlich haftenden Gesellschaftern bei vorhandener Solvenz der Gesellschaft vorgenommenen, durch Buchung realisierten Kompensation der Forderung aus der Zeichnung mit einer Darlehnsforderung des Kommanditisten handelte, welche nach später ausgebrochenem Konkurse vom Masseverwalter angefochten wurde."

---

19. 1. Maßgebende Gesichtspunkte bei Beurteilung der Frage, ob ein unbefugter Gebrauch eines Warenzeichens vorliege. Inwiefern sind Verzierungen, Inschriften, andere Warenzeichen ꝛc, die dem geschützten Warenzeichen beigefügt werden, in Betracht zu ziehen? Ist auf die Beifügung oder Einfügung der Firma maßgebendes Gewicht zu legen?

2. Kann eine Buße auch vom Civilrichter ausgesprochen werden?

II. Civilsenat. Urt. v. 14. Februar 1882 i. S. J. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. II. 462/82.

I. Landgericht Hildesheim.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

„Bei der Frage, ob ein Warenzeichen im Sinne der §§. 13 und 18 des Markenschutzgesetzes vom 30. Nov. 1874 widerrechtlich benützt worden sei, ist allerdings, wie das Oberlandesgericht richtig annimmt, das Gesamtbild in's Auge zu fassen, welches dieses Warenzeichen in seiner äußeren Erscheinung bietet; allein hieraus folgt nicht, daß derjenige, welchem die widerrechtliche Benutzung zur Last gelegt wird, verlangen könne, es solle auch alles das, was er auf seinen Waren angebracht hat, nur als Gesamtbild in Betracht gezogen und zur Vergleichung benutzt werden. Auf diesem Wege würde man dazu ge-

langen, den Markenschutz, wenn nicht ganz, doch größtenteils illusorisch zu machen.

Im Sinne des Markenschutzgesetzes ist das Warenzeichen bestimmt, für sich allein die Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden von anderen zu unterscheiden; dem Gewerbetreibenden soll durch das Warenzeichen allein ein sicheres Mittel geboten sein, seine Waren den Konsumenten kenntlich zu machen, und die Konsumenten sollen, wenn sie das Warenzeichen dieses Gewerbetreibenden auf einer Ware vorfinden, sich darauf verlassen können, daß die Ware auch von demselben herrühre. Dabei ist zu beachten, daß nach dem in Deutschland geltenden Rechte, nicht, wie z. B. in Frankreich, dem Gewerbetreibenden auch Schutz gewährt ist gegen betrügliche Nachahmungen sonstiger Kennzeichen seiner Ware (Art der Verpackung, Etikettierung ꝛc), vielmehr, abgesehen von der Firma, das Warenzeichen das einzige Mittel ist, um sich gegen ein illoyales Verfahren von Konkurrenten zu schützen; umsomehr aber ist anzunehmen, es habe dieser Schutz voll gewährt werden sollen.

Es ist demnach als Wille des Gesetzes zu erachten, daß in allen Fällen, wo das geschützte Warenzeichen in seiner Individualität (identisch oder mit den in §. 18 bezeichneten unwesentlichen Abänderungen) auf der Ware eines Unberechtigten angebracht ist, ein widerrechtlicher Gebrauch desselben stattfinde. Ob diesem Warenzeichen Verzierungen, Worte, Zahlen oder andere Warenzeichen beigefügt sind, erscheint gleichgültig, denn der Konsument braucht solche Zuthaten nicht als Bestandteile eines Warenzeichens anzusehen, darf vielmehr, wo immer ihm das bekannte Warenzeichen in seiner Individualität entgegentritt, annehmen, daß die Ware von dem Gewerbetreibenden, welchem dasselbe eigen ist, herrühre. Nur wenn die Individualität verschwindet, wenn Änderungen der Art stattgefunden haben, daß derjenige, der die Ware besichtigt, den Eindruck nicht mehr hat, das geschützte Warenzeichen zu sehen, ist eine widerrechtliche Benützung nicht anzunehmen.

Diese Grundsätze hat das Oberlandesgericht verkannt.

Es erklärt, auf der Verpackung des Louisianatabaks habe der Beklagte die Marke Nr. 40 der Klägerin so täuschend nachgemacht, daß, wenn dieses Warenzeichen allein gebraucht wäre, die Klage begründet sein würde. Es verneint letzteres nur deshalb, weil Beklagter unter besagte Marke eine andere gestellt habe, welche sich angeblich von der Marke Nr. 39 der Klägerin wesentlich unterscheide. Dies ist nach vor-

stehenden Erörterungen irrig; die Thatsache, daß die Marke Nr. 40 widerrechtlich gebraucht ist, würde selbst dann nicht beseitigt erscheinen, wenn die beigefügte Marke eine ganz neue, dem Beklagten zweifellos eigentümliche wäre.

Allein es sind auch die Erwägungen, auf Grund deren der Appellrichter dazu gelangt, eine widerrechtliche Nachahmung der Marke der Klägerin Nr. 39 nicht anzunehmen, als rechtsirrtümlich zu erachten.

Er erkennt an, daß die betreffenden Figuren nach Zeichnung und Farbe in hohem Grade ähnlich seien, erklärt jedoch: dadurch, daß die Firma des Beklagten an Stelle der Firma der Klägerin eingesetzt sei, erscheine die Figur derart abgeändert, daß der Unterschied von dem Fabrikstempel der Klägerin auch ohne besondere Aufmerksamkeit wahrgenommen werden könne. Er meint, es sei, wenn Worte beigefügt seien, auf deren Bedeutung zu achten und sei die Beifügung einer unwesentlichen Bezeichnung ohne Gewicht; wenn aber eine andere Firma in deutlich erkennbarer Weise in die Figur eingefügt sei, so sei dafür zu halten, daß hierdurch ein neues Zeichen entstanden sei.

Diese Erörterung verkennt vollständig die Bedeutung, welche die Firmenbezeichnung dem Warenzeichen gegenüber beanspruchen kann. Das Markenschutzgesetz giebt einen besonderen Schutz für die Firma und einen besonderen Schutz für das Warenzeichen. Wäre es davon ausgegangen, daß eine klar erkenntliche Bezeichnung der Firma genüge, den Gewerbetreibenden zu schützen und Irrtum des Publikums zu verhüten, so hätte es eines besonderen Markenschutzes gar nicht bedurft. Man irrt, wenn man annimmt, weil das Gesetz das Warenzeichen als Kennzeichen der Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden bezeichne, gehe es davon aus, daß ein Mißbrauch nicht möglich sei, wenn das Publikum den Namen des Gewerbetreibenden im Warenzeichen erkennen könne. Das Gesetz setzt keineswegs voraus, daß, wenn der Konsument im Vertrauen auf ein Warenzeichen eine Ware sucht, er sich dabei des Namens oder der Firma des Gewerbetreibenden bewußt sei und mit Rücksicht hierauf kaufen wolle; es geht vielmehr davon aus, daß der Konsument, soweit es auf den Markenschutz als solchen ankommt, nur das Zeichen suche und die Ware kaufe, weil er vertraut, daß Waren, die das nämliche Zeichen tragen, auch aus der nämlichen Quelle herstammen. Ganz abgesehen hiervon ist auf die Firma schon deshalb kein entscheidendes Gewicht zu legen, weil die Firma sich

ändern kann, dennoch aber das Geschäft mit dem Warenzeichen fortbesteht (Markenschutzgesetz §. 5 Ziff. 2).

Es ist deshalb auf die Firmenbezeichnung in einem Warenzeichen der Regel nach nicht mehr Wert zu legen, als auf Worte, die sonst dem Warenzeichen beigefügt sind; also hauptsächlich nur insofern, als sich dadurch das Gesamtbild des Warenzeichens ändert.

Dies schließt nicht aus, daß unter besonderen Umständen auch die Firmenbezeichnung große Bedeutung gewinnen, ja sich mit dem Warenzeichen nahezu identifizieren kann, wie letzteres z. B. bei der bekannten Marke von Johann Maria Farina der Fall ist. In Fällen, wo eine Figur den Hauptbestandteil eines Warenzeichens bildet, wird jedoch die Firmenbezeichnung immer nur eine untergeordnete Bedeutung beanspruchen können.

Vorstehend erörterte Grundsätze hat das Oberlandesgericht verkannt, indem es im vorliegenden Falle der Firmenbezeichnung eine hervorragende, ja sogar maßgebende Bedeutung beilegt.

Wäre seine Ansicht richtig, so würde es jedem freistehen, sich ein fremdes Warenzeichen dadurch anzueignen, daß er demselben seine Firma beifügte oder einfügte; der Markenschutz als solcher würde hiermit illusorisch.

Im allgemeinen ist noch beizufügen, daß das Gesetz offenbar einen wirksamen Schutz gewähren, also möglichst alle Fälle treffen will, wo der Zweck der Ausbeutung eines fremden Warenzeichens erreicht werden kann; daß ferner jede offensichtliche Nachahmung an und für sich mindestens die Tendenz einer solchen Ausbeutung kund giebt, da niemand, der loyal handeln will und ein Warenzeichen zur Unterscheidung seiner Ware sucht, in die Lage kommen kann, nachahmen zu müssen; daß endlich durch die Nachahmung selbst die Möglichkeit, das Publikum zu täuschen, wenn auch nicht erwiesen, doch nahe gelegt wird, da ja die Nachahmung sonst keinen Zweck haben könnte.

Es war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und hat sich diese Aufhebung namentlich auch auf die Entscheidung, durch welche der Antrag auf Zuspruch einer Buße zurückgewiesen wurde, zu erstrecken. Zwar ist diese Entscheidung an sich richtig, da nach §. 16 des Markenschutzgesetzes, ebenso wie nach §. 18 Abs. 4 des Nachdruckgesetzes vom 11. Juni 1870, eine Buße nur neben der Strafe, also durch den Strafrichter ausgesprochen werden kann, allein eventuell war der be-

treffende Antrag doch auch als Antrag auf Zuerkennung einer Entschädigung aufzufassen und in diesem Sinne über denselben zu erkennen."

---

20. 1. Gelegenheitsgesellschafter oder Handlungsbevollmächtigter? Beweislast des Gemeinschaftsteilungsklägers, wenn der Beklagte angiebt, daß der Kläger nicht sein Gesellschafter, sondern sein Handlungsbevollmächtigter sei.

2. Beweislast bei streitigem Teilungsmaßstabe des Reingewinnes einer Gelegenheitsgesellschaft, falls der Teilungskläger ausdrückliche Vereinbarung der Gewinnteilung nach Köpfen und das Fehlen einer ausdrücklichen Abrede über die Verlustteilung behauptet, der Beklagte diese Behauptung bestreitet mit der Angabe, daß nach der Abrede ihm drei Vierteile, dem Kläger nur ein Vierteil des Gewinnes habe zu teil werden sollen.

Artt. 266. 268 H.G.B.

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1882 i. S. H. L. (Bekl.) w. J. S. (Kl.) Rep. I. 285/81.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„In Bezug auf die aus der Überschrift ersichtlichen Beweislastfragen ist in den Revisionsurteilsgründen ausgeführt:

1. In den Erklärungen des Beklagten liegt nicht ein Zugeständnis, sondern ein qualifiziertes Bestreiten des von dem Kläger behaupteten Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages. Wenngleich das Recht auf eine Quote des aus einem Geschäfte zu erzielenden Gewinnes verknüpft mit der Einlage bloßer Dienste dem Wesen der Gelegenheitsgesellschaft nicht widerspricht, so entsteht doch dadurch, daß ein Kaufmann, welcher einen Spekulationskauf von Hölzern auf dem Stamme abzuschließen beabsichtigt, für den Fall des Kaufabschlusses eine Person zur Beaufsichtigung des Holzabtriebes im Walde, zur Thätigung von Verkaufsabschlüssen mit Abnehmern, zur Führung der Rechnungen und Korrespondenz gegen eine Vergütung, welche auf eine bestimmte Quote des etwaigen Reingewinnes aus dem Spekulationsgeschäfte in Rede bestimmt wird, engagiert, zwischen jenem Kaufmanne, in dessen Handels-

gewerbebetriebe der Abschluß jenes Spekulationsgeschäfts demnächst gethätigt wird, und jener von ihm engagierten Person keine Gelegenheitsgesellschaft; vielmehr wird diese Person (je nach der sonstigen Lebensstellung derselben und den sonstigen Momenten des Engagementsvertrages) als Handlungsgehilfe (commis intéressé) oder als Handlungsbevollmächtigter erscheinen, welchem eine durch Erzielung eines Reingewinnes überhaupt aus jenem Spekulationsgeschäfte aufschiebend bedingte und nach der Höhe des erzielten Reingewinnes in Bezug auf den Betrag relativ bestimmte Vergütung für seine verdungenen Dienste von dem Herren des Geschäfts zugesichert ist.

Der Kläger ist daher beweispflichtig für die vorgekennzeichnete klagefundamentale Behauptung.

2. Für den Fall dagegen, daß eine Gelegenheitsgesellschaft der Parteien überhaupt als existent zu gelten hätte, wird die Frage erheblich, ob der Kläger nach den vorliegenden konkreten Umständen (um mit seiner Klagebitte durchzudringen) verpflichtet sei; nicht nur die Abrede einer Gelegenheitsgesellschaft überhaupt zwischen den Parteien und den Betrag des erzielten Reingewinnes, sondern außerdem seine (in der Klageschrift aufgestellte) Behauptung zu beweisen, daß die Parteien eine gleiche Teilung des Reingewinnes vereinbart hätten, oder ob dem Kläger (nach Klarlegung des Gesellschaftsverhältnisses überhaupt und der Höhe des Reingewinnes) die Klagesumme zuzusprechen sei, wenn es dem Beklagten nicht gelinge, die Vereinbarung zu beweisen, daß dem Kläger nur ein Vierteil des Reingewinnes in Rede zustehen solle.

Für die zuerst gekennzeichnete Regelung der Beweislast sind folgende Ausführungen geltend gemacht worden.

Nach der Wortfassung des Art. 268 H.G.B.:

„Ist über den Anteil der Teilnehmer am Gewinne und Verluste nichts vereinbart, so werden die Einlagen verzinst, der Gewinn oder Verlust aber nach Köpfen verteilt",

regle das Gesetz nur diejenigen Fälle, in denen keine Vereinbarung über das Verhältnis der Teilung des Gewinnes und Verlustes getroffen sei; es lasse sich also aus jener Gesetzesstelle eine Beweislastnorm für solche Fälle nicht herleiten, in denen (nach der eigenen Behauptung des die Gemeinschaftsteilungsklage anstrengenden Teilnehmers) eine ausdrückliche Vereinbarung über die Verteilung des Gewinnes nach bestimmten Quoten

stattgefunden habe. Der Fall des Art. 268 H.G.B. und die soeben gekennzeichneten Fälle seien (im Sinne des Gesetzes) wesentlich verschieden, und könne diese wesentliche Verschiedenheit durch die Zufälligkeit nicht als aufgehoben gelten, daß in einem einzelnen Streitfalle (bei der Existenz von nur zwei Teilnehmern und der klägerischen Behauptung der Vereinbarung, daß jeder Teilnehmer die Hälfte des Reingewinnes erhalten sollte) die praktische Wirkung dieser Vereinbarung für das Endergebnis der Gewinnverteilung dieselbe sei, als wenn eine Vereinbarung über die Gewinnanteile der Teilnehmer nicht getroffen wäre. Es sei auch der Gegengrund verfehlt, daß der Kläger (um eine schlüssige Klage auf Auskehrung der Gewinnhälfte zu substanziieren) gar nicht nötig gehabt habe, der besonderen Vereinbarung einer solchen Teilungsart zu erwähnen. Der Kläger müsse seinen Klagevortrag gegen sich als Wahrheit gelten lassen; sei aber eine ausdrückliche Vereinbarung der Gewinnteilung nach Köpfen getroffen, und bestehe ein Unterschied in Bezug auf das Recht und die Pflicht der Teilnehmer zur Beweisführung in den zwischen ihnen über die Gemeinschaftsteilung entstehenden Rechtsstreitigkeiten zwischen den Fällen, in welchen die Teilung des Gewinnes nach Köpfen vereinbart sei, und den Fällen, in welchen gar keine Vereinbarung über das Teilungsprinzip getroffen sei, so liege in der Anstrengung der Teilungsklage ohne Erwähnung der stattgehabten Vereinbarung ein Unterdrücken der Wahrheit. Nach der (wahrheitsgemäß eine ausdrückliche Vereinbarung über das Teilungsprinzip überhaupt behauptenden) Klage müsse der Kläger den rechtzeitig beklagterseits bestrittenen Inhalt jener Vereinbarung über die bestimmte Quote des Reingewinnes, welche als ihm zuständig stipuliert sei, als Moment des Klagegrundes beweisen, ohne daß ihm etwa eine aus dem Inhalte des (für einen solchen Fall gar nicht gegebenen) Art. 268 H.G.B. entfließende Vermutung zur Seite stehe.

Es sei schließlich zu erwägen, daß das Gesetz im Art. 268 H.G.B. eine gleichmäßige Voraussetzung in Bezug auf das Verhalten der Kontrahenten bei dem Vertragsschlusse in Bezug auf Teilung des etwaigen Gewinnes und Verlustes in das Auge fasse (nämlich, daß über den Anteil der Teilnehmer am Gewinne und Verluste nichts vereinbart sei, wenngleich natürlich bei der demnächstigen Verordnung der Teilung nach Köpfen nur vom Gewinne oder Verluste die Rede sei), während im vorliegenden Falle (nach der Sachdarstellung des Klägers) eine Ver-

einbarung über die Teilung des Gewinnes nach Köpfen getroffen, über die Teilung eines etwaigen Verlustes aber nichts vereinbart worden sei.

Diese Ausführungen erscheinen nicht stichhaltig.

Der Gesetzeswille ist im Art. 268 H.G.B. dahin für ausgeprägt zu erachten, daß der Gewinn oder Verlust bei einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung der Gesetzesregel gemäß zwischen den Teilnehmern nach Köpfen zu teilen sei, daß indessen den sich vereinigenden Rechtssubjekten freigelassen werde, ein von der Gesetzesregel abweichendes Teilungsverhältnis durch darauf gerichtete Kontraktswillenserklärung zu vereinbaren. Eine Vereinbarung des Teilungsprinzipes nach Köpfen, möge sie nun wegen des Gewinnes und Verlustes erklärt sein, oder nur wegen des Gewinnes bei Nichterwähnung eines Teilungsmaßstabes für den Verlust, oder nur wegen des Verlustes ohne Erwähnung eines Teilungsmaßstabes für den Gewinn, enthält nicht eine rechtsgeschäftliche Änderung der von dem Gesetze gewollten Regel; die unmittelbare Anwendung der Gesetzesregel wird dadurch nicht beeinflußt. Da nun der Kläger nur denjenigen Thatbestand zu behaupten und (nötigenfalls) zu beweisen hat, welcher (bei Subsumtion des Thatbestandes unter die Rechtsnormen) das Durchdringen mit der Klagebitte in dem Rechtsstreite entscheidend bewirkt, so ist derjenige Teilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft, welcher (wie im vorliegenden Falle der Kläger) die Gemeinschaftsteilungsklage auf Zahlung des Betrages anstrengt, welcher bei einer Verteilung des Reingewinnes aus dem auf gemeinschaftliche Rechnung betriebenen einzelnen Handelsgeschäfte nach Köpfen auf ihn entfällt, nur verpflichtet, die Abrede der Gelegenheitsgesellschaft überhaupt bezüglich dieses Handelsgeschäftes und die Erzielung des behaupteten Reingewinnes zu behaupten und (nötigenfalls) zu beweisen. Die Nichterwähnung der etwaigen Abrede des Teilungsmaßstabes nach Köpfen ist nicht Unterdrücken, die Erwähnung einer solchen Vereinbarung in der Klageschrift, nicht Behaupten eines Momentes des (nach den Rechtsnormen) zur Erzeugung des klagend verfolgten Rechtes wesentlichen Thatbestandes. Diese Erwähnung verpflichtet den Kläger also nicht, diese für die Erzeugung und Verfolgung seines Rechtes unerhebliche Abrede zu beweisen, ein allgemeines Bestreiten dieser Vereinbarung beklagterseits ist gleichgültig, die in das Gewand der Positive qualifizierten Bestreitens von dem Beklagten gekleidete Angabe der Vereinbarung eines für den Kläger

ungünstigeren Maßstabes der Teilung, als desjenigen der Teilung nach Köpfen, ist in Wirklichkeit Behauptung des Grundes einer Einrede, also von dem Beklagten zu beweisen.

Der vorliegende Rechtsstreit bietet keine Veranlassung, die Fragen zu entscheiden, welche Prinzipien in Bezug auf die Teilung, und welche Normen in Bezug auf die Beweislast im Falle eines Rechtsstreites über die Teilung eintreten,

1. falls das auf gemeinschaftliche Rechnung geführte einzelne Handelsgeschäft zu einem Verluste geführt hat und bei der Teilungsklage von dem Kläger behauptet wird, es sei eine Vereinbarung über die Teilung des etwa zu erzielenden Gewinnes nach einem anderen Maßstabe, als der Teilung nach Köpfen, getroffen, dagegen über das Verhältnis der Tragung eines etwaigen Verlustes nichts vereinbart;

2. falls aus einem solchen Geschäfte sich ein Reingewinn ergiebt, und bei der Teilungsklage klägerischerseits behauptet wird, es sei vereinbart, der Verlust solle nach einem anderen Maßstabe als nach Köpfen verteilt werden, über das Teilungsprinzip bei dem Gewinne sei nichts vereinbart,

und diese klägerischen Behauptungen (sei es nun überhaupt oder in Verknüpfung mit einer abweichenden positiven Darstellung des Beklagten) rechtzeitig bestritten werden.

Die Entscheidung dieser Fragen wird hier völlig dahingestellt gelassen."

---

21. Ist die Bestimmung des Art. 49 H.G.B. über die Inkassovollmacht des Reisenden auch auf Stadtreisende anzuwenden?

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1882 i. S. S. (Bekl.) w. J. (Kl.) Rep. I. 56/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die direkte Anwendung des Art. 49 Satz 2 H.G.B. auf sogenannte Stadtreisende ist durch die Worte des Gesetzes „an auswärtigen

Orten" ausgeschlossen, eine analoge Anwendung aber deswegen unzulässig, weil diese Worte die Bestimmung in einem wesentlichen Punkte präzisieren. Der Umfang des Geschäftskreises des Verkaufsreisenden (dieser kommt ja in Satz 2 allein in Betracht) wird gerade dadurch bestimmt, daß die betreffenden Geschäfte an anderen Orten als an dem der Handelsniederlassung des Prinzipales vorgenommen werden. Dem kaufenden Kunden ist es von Interesse, der Mühe der Einsendung des Kaufpreises und der Tragung der Gefahr des Transportes desselben (Art. 325 Abs. 1, Art. 342 Abs. 3 H.G.B.) sich zu entschlagen und nicht genötigt zu sein, Wechsel zu acceptieren. Der Verkäufer aber hat in dem persönlich beim Käufer sich einfindenden Reisenden ein Mittel, sowohl in diskreter, als nach Umständen in energischer Weise den Schuldner zu mahnen. Er kann aber dieses Mittel nur dann mit Erfolg anwenden und dem Käufer nur dann in der angegebenen Richtung entgegenkommen, wenn er dem Reisenden Inkassovollmacht giebt. Es hat sich daher im kaufmännischen Verkehre, insbesondere im kleineren Geschäftsbetriebe, die Sitte gebildet, dem Reisenden für seinen auswärtigen Betrieb Inkassovollmacht zu erteilen. In Berücksichtigung dieser Sitte und des Bedürfnisses, aus welchem sie hervorgegangen, ist der zweite Satz des Art. 49 H.G.B. aufgestellt worden, freilich mit Beschränkung der gesetzlichen Vollmacht auf Einziehung des Kaufpreises aus den vom Reisenden selbst abgeschlossenen Verkäufen.

Ganz anders stellt sich das Verhältnis bei Verkäufen, welche durch Handlungsbevollmächtigte an demjenigen Orte, an welchem sich die Niederlassung des Prinzipales befindet, wenn auch außerhalb der Geschäftsräume derselben, abgeschlossen werden. Zwar kann es von Interesse sein, auch an dem Orte der Niederlassung Kunden aufzusuchen und zum Abschluß von Käufen zu veranlassen, wohl auch mit denselben in ihren Geschäftsräumen oder Wohnungen alsbald abzuschließen und zu diesem Zwecke sogar besondere Handlungsbevollmächtigte, die sogenannten Stadtreisenden, zu bestellen. Allein die Gründe, welche es wünschenswert machen, durch dieselbe Person, welche an auswärtigen Orten Verkäufe abgeschlossen hat, die Kaufpreise einzuziehen, fallen hier selbst in größeren Städten hinweg oder machen sich wenigstens nicht mit der gleichen Prägnanz geltend. Die Erteilung der Inkassovollmacht an Stadtreisende zeigt sich nicht als ein Verkehrsbedürfnis. Es fehlen hiernach die Voraussetzungen der analogen Anwendung der

Bestimmung des Art. 49 H.G.B. auf den Stadtreisenden selbst dann, wenn dieser Handlungsbevollmächtigter, geschweige denn, wenn er Agent ist." ...

---

22. Fallen freiwillige Pfandbestellungen unter die „unentgeltlichen Verfügungen" im Sinne des §. 3 Nr. 3 des Gesetzes vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses?

III. Civilsenat. Urt. v. 24. Februar 1882 i. S. H. (Kl.) w. Sp. (Bekl.) Rep. III. 528/81.

I. Landgericht Hechingen.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Aus den Gründen:

„Die Revisionsklägerin wirft dem Urteile der Vorinstanz vor, daß die angefochtene Hypothekbestellung als eine unentgeltliche Verfügung anzusehen, und demnach über die Anfechtung derselben nicht, wie geschehen, aus Nr. 1 und 2 des §. 3 des Gesetzes vom 21. Juli 1879, sondern aus Nr. 3 dieses Paragraphen zu entscheiden gewesen sei. Dieser Vorwurf ist unbegründet. Die Bestimmungen des §. 3 sind denjenigen der §§. 24 und 25 K.O. nachgebildet, und es sind daher die Ausdrücke des §. 3: „entgeltliche Verträge", „unentgeltliche Verfügungen" in demselben Sinne zu verstehen, welchen die Konkursordnung mit ihnen verbindet. Nun ist aber nicht bloß in den Motiven zu §. 23 Nr. 2 K.O. die Ansicht vertreten, daß eine Hypothekbestellung, auch wenn sie freiwillig vorgenommen ist, weil der Gläubiger durch sie immer nur, wenn auch sicherer, dasjenige erhalten solle, was er bereits zu fordern habe, als eine entgeltliche Verfügung anzusehen sei, sondern es ergiebt sich auch aus dem Gesetze selbst, daß dasselbe die freiwillig vorgenommenen Hypothekbestellungen nicht zu den unentgeltlichen Verfügungen rechnet. Denn während die unentgeltlichen Verfügungen gemäß §. 25 K.O. (Nr. 3 und 4 des §. 3 des Gesetzes vom 21. Juli 1879) auch dem

gutgläubigen Empfänger gegenüber anfechtbar sind, wird nach §. 23 Nr. 2 K.O. die Anfechtung derjenigen Rechtshandlungen, welche einem Gläubiger eine Sicherung gewähren, die er nicht zu beanspruchen hatte — und zu diesen Rechtshandlungen gehören insbesondere die freiwilligen Pfandbestellungen —, selbst wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder in den letzten zehn Tagen vorher vorgenommen sind, ausgeschlossen durch den Beweis der Gutgläubigkeit des Gläubigers, und im §. 25 Nr. 2 K.O. (§. 3 Nr. 4 des Gesetzes vom 21. Juli 1879) hat der Gesetzgeber für nötig gehalten, neben den von dem Gemeinschuldner zu Gunsten seines Ehegatten vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen noch besonders aufzuführen die von ihm ohne Verpflichtung bewirkte Sicherstellung des eingebrachten Vermögens seiner Ehefrau." . . .

---

23. Liegt den Bestimmungen der Artt. 306. 307 H.G.B. ein für deren ganzes Geltungsgebiet einheitlicher Begriff des redlichen Erwerbers zu Grunde? Ist durch diese Artikel den Bestimmungen der §§. 52. 53 P.A.L.R. I. 15 über die Wirkung der öffentlichen Bekanntmachung der Entwendung oder des Verlustes von Inhaberpapieren derogiert, oder werden dieselben, als für den Besitzer günstigere Bestimmungen enthaltend, durch das Handelsgesetzbuch nicht berührt?[1]

H.G.B. Art. 308.

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1882 i. S. Providentia (Kl.) w. Deutsche Genossenschaftsbank von S. P. & Co. (Bekl.) Rep. I. 673/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

M. M. Nachfolger in Berlin haben zwei $4^1/_2$ % norwegische Einhundertpfundobligationen, welche zu dem in Paris dem Briefträger geraubten Papieren gehörten (s. o. Nr. 4 S. 18), von einem gewissen Kadell gekauft und an demselben Tage an die Deutsche Genossenschafts-

[1] S. oben Nr. 4 S. 17 flg.

bank von Sörgel, Parrisius & Co. in Berlin verkauft. Die Bank war vor dem Ankaufe von dem Diebstahle nicht besonders benachrichtigt. Festgestellt gegen sie ist nur, daß der Diebstahl durch Berliner Zeitungen und vom K. Polizeipräsidium zu Berlin durch Anschlag an der Börse mitgeteilt worden sei, nicht aber, daß die Bank von diesen Mitteilungen Kenntnis genommen habe. Das Hanseatische Oberlandesgericht hat die Vindikation der Papiere durch die Providentia abgewiesen und das Reichsgericht die gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Es ist dem oberlandesgerichtlichen Urteil darin beizutreten, daß die Bestimmungen der §§. 52. 53 A.L.R. I. 15 durch das Handelsgesetzbuch nicht beseitigt sind.

Allerdings ist anzunehmen, daß dem Handelsgesetzbuche in den Artt. 306. 307 für das ganze Gebiet seiner Geltung ein einheitlicher Begriff des „redlichen Erwerbers" zu Grunde liegt dergestalt, daß eine dem Erwerber zu Last fallende grobe Fahrlässigkeit, ein unentschuldbarer Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Erwerbes die Redlichkeit ausschließt. Ist dies auch nicht unmittelbar in den angezogenen Artikeln ausgesprochen, so ergiebt es sich doch aus Art. 305 unter Heranziehung der entsprechenden Bestimmungen der deutschen Wechselordnung, der Strafgesetzgebung und der geschichtlichen Entwickelung des Begriffes des redlichen Besitzers im gemeinen Rechte und in den deutschen Partikularrechten in der Zeit vor Abfassung des Handelsgesetzbuchs.

Nun lauten die angezogenen Bestimmungen des A.L.R.'s:

§. 52. Die öffentliche Bekanntmachung der Entwendung oder des Verlustes eines solchen Instrumentes (d. h. eines auf jeden Inhaber lautenden Papieres) ist noch nicht hinreichend, denjenigen, welcher dasselbe vorher oder nachher ansichbringt, als einen unredlichen Besitzer darzustellen.

§. 53. Nur alsdann ist der öffentlichen Bekanntmachung diese Wirkung beizulegen, wenn der Eigentümer den Besitzer überführen kann, daß dieser davon zur Zeit des Erwerbes wirklich Wissenschaft gehabt hat.

Dieser Wortlaut könnte zu der Annahme führen, als habe der Gesetzgeber aus Gründen, welche die Feststellung des gesetzlichen Begriffes vom redlichen Erwerber oder redlichen Besitzer betreffen, eine Spezialbestimmung darüber für notwendig gehalten, welchen

Einfluß die öffentliche Bekanntmachung des Verlustes von Inhaberpapieren auf die Redlichkeit eines späteren Erwerbers habe.

Hätten die angezogenen Paragraphen diese Bedeutung, so wäre die fortdauernde Gültigkeit ihrer Bestimmungen für das Gebiet des Preuß. Allg. Landrechtes damit nicht vereinbar, daß dem Handelsgesetzbuch eine einheitliche Begriffsbestimmung des redlichen Erwerbers für das Gebiet des Deutschen Reiches zu Grunde liegt.

Allein es ist nicht anzunehmen, daß es der Gesetzgeber für geboten erachtet hätte, einen Zweifel zu beseitigen, welcher sich für die Anwendung des Begriffes vom redlichen Erwerber, wie er sonst im Gesetzbuche aufgestellt ist — vergl. A.L.R. I. 7. §§. 11 flg. — in dem vorliegenden Falle etwa ergeben könnte.

Es würde namentlich nicht zu ersehen sein, weshalb solche Zweifel nur bezüglich des Erwerbes von Inhaberpapieren zu beseitigen wären, da der Zweifel nicht durch den besonderen Gegenstand des Erwerbes, sondern allein durch das Verhältnis des Erwerbers zu den öffentlichen Bekanntmachungen veranlaßt sein könnte.

Vielmehr hat es offenbar dem Gesetzgeber nicht angemessen geschienen, daß der sichere Erwerb von Inhaberpapieren, welche zum Kursieren bestimmt sind, durch die Sorge um früher etwa ergangene öffentliche Bekanntmachungen von Verlusten oder Entwendungen der angebotenen Papiere erschwert würde.

Er hat deshalb im Titel 15, welcher die Bestimmungen über die Verfolgung des Eigentumes enthält, und in Verfolg der §§. 45. 46. 47 desselben Titels, welche über die Vindikation von Inhaberpapieren verfügen, an der angezogenen Stelle der Sache nach angeordnet, daß der Umstand, daß der Verlust oder die Entwendung von Inhaberpapieren öffentlich bekannt gemacht ist, nicht genügt, um die Vindikation des früheren Eigentümers gegen den späteren Erwerber zu begründen.

Gelangt man zu dem Resultate, daß eine solche öffentliche Bekanntmachung wohl ausreichen kann, um eine grobe Fahrlässigkeit desjenigen zu begründen, welcher von derselben keine Kenntnis genommen hat, und daß deshalb nach Artt. 306. 307 H.G.B. gegen denjenigen welcher unter solchen Umständen Inhaberpapiere erworben hat, sehr wohl eine Vindikation begründet sein könnte, so enthalten A.L.R. I. 15. §§. 52. 53 für einen solchen Besitzer günstigere Bestimmungen

als die Artt. 306. 307 H.G.B., sie sind also zufolge Artt. 308 H.G.B. auch jetzt noch zur Anwendung zu bringen.

Nun ließe sich fragen, ob es dem Sinne des §. 52 A.L.R. I. 15 entspricht, denselben auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn es sich darum handelt, daß eine Bank, welche berufs- und gewerbsmäßig den Ankauf von Inhaberpapieren bewirkt, es unterläßt, von einer in der Börse des Ortes, ihres Gewerbebetriebes angeschlagenen öffentlichen Bekanntmachung der Polizeibehörde Kenntnis zu nehmen, — allein diese Frage entzieht sich im vorliegenden Falle der Beantwortung des Revisionsrichters. Denn das Preußische Allgemeine Landrecht gilt im Bezirke des Hanseatischen Oberlandesgerichtes zu Hamburg nicht; deshalb würde, wenn auch die §§. 52. 53 I. 15 durch falsche Anwendung auf den vorliegenden Fall verletzt sein sollten, doch die Revision nach §. 511 C.P.O. hierauf nicht gestützt werden können.

Da auch sonst eine die Revision begründende Gesetzesverletzung nicht ersichtlich ist, so ist die Revision zurückzuweisen."[1] . . .

---

[1] In einem dritten Falle, in welchem drei Stück der geraubten norwegischen Papiere vindiziert wurden — i. S. Providentia (Kl.) w. J. L. (Bekl.) Rep. I. 201/82 — ist durch Urteil vom 5. April 1882 gegen den Berliner Bankier entschieden, welcher die Papiere von Kadell selbst gekauft hatte. Nachdem unter Bezugnahme auf das oben mitgeteilte Urteil ausgesprochen ist, daß A.L.R. I. 15. §. 52 nicht beseitigt sei, heißt es weiter in den

Gründen:

„Allein im vorliegenden Falle hat der Beklagte nicht bloß die öffentlichen Bekanntmachungen unberücksichtigt gelassen, durch welche der an den eingeklagten Papieren begangene Diebstahl zur Kenntnis der Besucher der Berliner Börse gebracht werden sollte, sondern er hat nach den Feststellungen des oberlandesgerichtlichen Urteiles außerdem es auch nicht abgelehnt, von einem ihm völlig Unbekannten, also von einer Person zu kaufen, welche dem Beklagten in sich selbst keine Garantieen für den redlichen Erwerb der angebotenen an der Berliner Börse nicht gangbaren Papiere darbot, ohne irgend welche Schritte zu thun, um sich eine begründete Meinung über die Redlichkeit und den rechtmäßigen Erwerb dieses Verkäufers zu bilden.

Wenn ein Bankier in solcher Weise jede Kontrolle darüber vermeidet, ob die ihm angebotenen Papiere rechtmäßiger Besitz seines Verkäufers oder gestohlenes bezw. verlorenes Gut sind, so muß er sich selbst sagen, daß er nichts dazu thut, um die Gefahr zu vermeiden, daß er sich durch seinen Ankauf fremdes Eigentum, über welches der Verkäufer zu verfügen nicht berechtigt ist, aneignet.

Eine solche Handhabung des dem Umlaufe von Inhaberpapieren dienenden

24. Gehört ein in einem Erbpachtvertrage zum Teil für die Mahlberechtigung versprochener Kanon zu den durch §. 7 Nr. 6 G.O. vom 21. Juni 1869 aufgehobenen Abgaben?

I. Civilsenat. Urt. v. 18. Januar 1882 i. S. der Provisoren des Klosters R. (Bekl.) w. J. (Kl.) Rep. I. 645/81.

I. Landgericht Rostock.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Das Kloster R. in Mecklenburg, welchem nach Art. 32 der Landes-Reversalen von 1621 das Recht zustand, Mühlenanlagen und den Mühlenbetrieb auf den Klostergütern zu gestatten oder zu verhindern, gab durch Vertrag vom 31. Januar 1836 ein zum Klostergute P. gehöriges Windmühlengehöft dergestalt in Erbpacht, daß der Müller das Wohnhaus und die Mühle zu Eigentum, Garten, Äcker und die Gerechtigkeit des Korn- und Graupenmahlens zu nutzbarem erblichem Eigentume erhielt und dagegen im §. 15 „für die zum nutzbaren Eigentume überlassenen Gegenstände, als: für die Gerechtigkeit des Kornmahlens, für den Mühlengarten und die beigelegten Äcker" einen ewig unabänderlichen jährlichen Kanon von 13 Drömpt Roggen zu entrichten versprach.

Der gegenwärtige Erbpächter J. klagt gegen das Kloster auf Feststellung, daß ein Teil des Kanons als eine Abgabe anzusehen sei, welche für den Betrieb des Mühlengewerbes entrichtet werden muß und deshalb in solchem Betrage zu denjenigen gehört, welche durch §. 7 Ziff. 6 G.O. vom 21. Juni 1869 aufgehoben sind. Die Größe dieses Teiles soll nach Übereinkunft der Parteien eventuell in einem späteren Verfahren festgestellt werden. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, in zweiter Instanz dagegen nach dem Klagantrage erkannt und die Revision vom R.G. zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

...„Ebenso unbegründet ist die Rüge einer Verletzung des §. 7 Ziff. 6 G.O. vom 21. Juni 1869.

Bankiergeschäftes bekundet aber eine so grobe Nichtachtung fremden Eigentumes, daß die Vorderrichter darin ohne Rechtsirrtum eine der Arglist gleichstehende grobe Nachlässigkeit finden, demgemäß den Beklagten als unredlichen Erwerber charakterisieren durften." D. E.

Die Anwendung dieser Bestimmung auf einen Teil des im §. 15 des Erbpachtvertrages festgesetzten Kanons hält der erste Richter für unzulässig, weil der Vertrag nicht eine Verleihung der Berechtigung, das Mühlengewerbe zu betreiben, sondern die Überlassung einer dem Kloster zustehenden Berechtigung zum Mühlenbetriebe enthalte, nach §. 7 Ziff. 6 G.O. aber nur solche Abgaben aufgehoben seien:

„welche in das steuerliche Gebiet hinübergreifen, also namentlich auch die Abgaben, welche für die Verleihung der Berechtigung, ein Gewerbe zu betreiben, auferlegt werden,

dagegen nicht die Abgaben, welche aus anderen Gründen auf einem Gewerbebetriebe lasten, selbst wenn sie als für den Gewerbebetrieb auferlegt erscheinen, wohin insbesondere Abgaben für die Überlassung von Berechtigungen gehören."

Das Berufungsgericht dagegen erklärt unter Verwerfung dieser einschränkenden Auslegung des §. 7 Ziff. 6 G.O. die Anwendnng desselben auf einen Teil des in Rede stehenden Kanons für gerechtfertigt, indem die Verpflichtung des Erbpächters zur Entrichtung einer Leistung für die Gerechtigkeit des Kornmahlens nur deshalb von dem Kloster festgestellt werden konnte, weil dasselbe nach Art. 32 der Reversalen von 1621 in der Lage war, auf dem seiner Obrigkeit unterstellten Grund und Boden die Anlage von Mühlen bezw. den Mühlenbetrieb nach Belieben zu untersagen oder freizugeben.

Die Auslegung, welche das Berufungsgericht dem §. 7 Ziff. 6 G.O. giebt, entspricht ebensosehr dem Wortlaute, wie dem Geiste dieses Gesetzes.

Indem a. a. O.

„alle Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden," für aufgehoben erklärt werden, ist deutlich ausgesprochen, daß es nur darauf ankommt, ob eine Abgabe vorliegt und ob dieselbe für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden muß, daß dagegen weder bezüglich der berechtigten und verpflichteten Personen, noch in betreff des Gegenstandes und Entstehungsgrundes der Abgabenpflicht ein Unterschied stattfindet. Aus dem Worte „Abgaben" ist nicht einmal zu entnehmen, daß nur dem öffentlichen Rechte angehörige Gefälle aufgehoben sein sollen, da dieser Ausdruck, wie das angefochtene Erkenntnis mit Recht hervorhebt, auch in weiterer Bedeutung gebraucht wird, und jede Vermögensleistung bezeichnet, welche infolge einer dauern-

den Verpflichtung periodisch oder bei bestimmten Anlässen auf Grund eines persönlichen oder sachlichen Abhängigkeitsverhältnisses zu entrichten ist. Um so weniger ist daraus zu entnehmen, daß nur Steuern oder steuerartige, also auf die Steuerhoheit zurückzuführende Abgaben aufgehoben werden sollten; weshalb unerörtert bleiben kann, ob es, abgesehen von den staatlichen und kommunalen Gewerbesteuern, auf welche §. 7 Ziff. 6 keine Anwendung findet, Abgaben vom Gewerbebetriebe, welche die Eigenschaft von Steuern haben, überhaupt noch giebt.

Ob nun die Abgabe eine solche ist, welche „für den Betrieb eines Gewerbes" entrichtet werden muß, hängt davon ab, ob zwischen der Befugnis zum Betriebe des Gewerbes und der Verpflichtung zur Entrichtung der Abgabe eine Wechselbeziehung stattfindet, sodaß jene Befugnis nur unter der Verpflichtung zur Leistung der Abgabe besteht und diese Verpflichtung den Preis für die Befugnis zum Gewerbebetriebe bildet. Für das Bestehen einer solchen Wechselbeziehung ist es gleichgültig, in welcher Weise die Befugnis zum Gewerbebetriebe gegen Entrichtung der Abgabe eingeräumt worden ist, insbesondere ob nur die Befugnis zum Gewerbebetriebe eingeräumt und nur hierfür die Abgabe zu entrichten ist, oder zugleich gewerbliche Einrichtungen, Sachen oder Berechtigungen überlassen sind, sodaß die Abgabe teils hierfür teils für die Gestattung des Gewerbebetriebes entrichtet wird; desgleichen ob die Gestattung bloß die Natur einer Erlaubnis hat oder eine Gerechtsame begründet und ob im letzteren Falle eine bestehende Berechtigung übertragen, oder eine solche neu begründet wird. In allen diesen Fällen ist zu sagen, daß die Abgabe für den Betrieb des Gewerbes entrichtet wird, folglich unter §. 7 Ziff. 6 G.O. fällt.

Diese aus dem Wortlaute des Gesetzes sich ergebende Auslegung entspricht auch der demselben zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Absicht. Die Bestimmung des §. 7 Ziff. 6 ist eine Konsequenz des in der G.O. durchgeführten Grundsatzes der Gewerbefreiheit. Mit diesem Grundsatze verträgt sich eine Abgabe, durch welche die Befugnis zum Gewerbebetriebe erkauft werden muß, ebensowenig wie die völlige Ausschließung vom Gewerbebetriebe. Daher ist im §. 7 G.O. an die Aufhebung der ausschließlichen Gewerbeberechtigungen (Ziff. 1), der Zwangs- und Bannrechte (Ziff. 2 bis 4) und der Berechtigung zur Erteilung von Gewerbekonzessionen (Ziff. 5) folgerichtig unter Ziff. 6 die Aufhebung der für den Gewerbebetrieb zu entrichtenden Abgaben,

sowie der Berechtigung, dergleichen Abgaben aufzuerlegen, angereiht. In dem Entwurfe einer Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, welchen der Reichskanzler am 4. März 1869 dem Reichstage vorlegte, war diese Konsequenz noch nicht gezogen; nicht als ob verkannt worden wäre, daß sie aus dem Grundsatze der Gewerbefreiheit folge, sondern, wie die dem Entwurfe beigegebenen Motive aussprachen, weil man es für unthunlich erachtete, eine Anordnung bezüglich solcher Abgaben außer Zusammenhang mit der Gemeindegesetzgebung und der bereits bestehenden Rentenablösungsgesetzgebung zu treffen.

Vgl. Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages von 1869 Bd. 3 Nr. 13 S. 94 flg.

Auf Anregung des Reichstages aber wurde der Grundsatz der Gewerbefreiheit vollständiger durchgeführt, als im Entwurfe geschehen war, und insbesondere durch Annahme eines in der zweiten Lesung eingebrachten Antrages derjenige Zusatz beschlossen, welcher als Ziff. 6 des §. 7 in das Gesetz übergegangen ist.

Vgl. daselbst Bd. 3 Nr. 78 S. 265 und Bd. 1 S. 252. Bd. 3 Nr. 148 S. 477 und Bd. 2 S. 1062.

Bei der Tendenz dieses unverändert von den Faktoren der Reichsgesetzgebung angenommenen Antrages ist durchaus nicht anzunehmen, daß, abgesehen von den staatlichen und kommunalen Gewerbesteuern, irgend eine Klasse von Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden, von der Aufhebung ausgenommen sein sollte.

Der erste Richter hat gleichwohl geglaubt, wegen des Zusammenhanges, welcher zwischen der in Rede stehenden Bestimmung der Reichsgewerbeordnung und der preußischen Gewerbegesetzgebung besteht, sich für die obenangeführte einschränkende Auslegung entscheiden zu müssen. Daß ein solcher Zusammenhang besteht, ist außer Zweifel. Das Vorbild für die fragliche Bestimmung war, wie auch bei der Begründung des im Reichstage angenommenen Antrages nicht unerwähnt blieb,

vgl. a. a. O. Bd. 1 S. 245,

der §. 3 der Gewerbeordnung für die altpreußischen Provinzen vom 17. Januar 1845 (G.S. S. 41), welcher bestimmte:

„Vorbehaltlich der ... Gewerbesteuer werden ferner aufgehoben alle Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden, sowie die Berechtigung dergleichen Abgaben aufzuerlegen",

und der hiermit übereinstimmende §. 4 des Gesetzes vom 17. März

1868 für die 1866 mit der preußischen Monarchie vereinigten Landesteile (G.S. S. 249), welche Bestimmungen wiederum auf das preußische Edikt vom 2. November 1810 zurückzuführen sind, in welchem bei Einführung der Gewerbefreiheit im §. 30 verordnet wurde, daß „alle bisherigen Abgaben von den Gewerben, insofern sie die Berechtigung zum Betriebe derselben betreffen," mit Einführung der Gewerbesteuer aufhören sollten. Unterschiede, welche zwischen dem §. 7 Ziff. 6 G.O. und den preußischen Gesetzen bestehen, wie der Vorbehalt in betreff der kommunalen Gewerbesteuer und die Nichtaufnahme der in §. 2 der Deklaratorverordnung vom 19. Februar 1832 aufgestellten Rechtsvermutung, berühren die hier zu entscheidende Frage nicht. Kann hiernach das Eingehen des ersten Richters auf die preußische Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht als unangemessen betrachtet werden, so ergiebt sich doch daraus die von ihm angenommene einschränkende Auslegung keineswegs, wenngleich die Fassung der von ihm angezogenen Plenarentscheidung des Königlichen Obertribunales zu Berlin (Entsch. Bd. 14 S. 131. 132) einigen Anhalt dafür zu geben scheint. In Anwendung der obengedachten preußischen Gesetze ist durch die Rechtsprechung anerkannt worden, daß Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden, auch dann aufgehoben sind, wenn sie auf Vertrag beruhen,

Entsch. des Obertribunales Bd. 28 S. 433,

und zwar auch dann, wenn in dem Vertrage die Verleihung der Berechtigung zum Gewerbebetriebe mit der Übertragung eines Grundstückes verbunden war, dergestalt, daß, wenn nicht neben der Grundabgabe eine besondere Gewerbeabgabe versprochen, sondern beide ungeschieden in einer Summe festgesetzt wurden, die Ermittelung des auf die aufgehobene Gewerbeabgabe zu rechnenden Teiles dieser Summe bei mangelnder Einigung der Parteien nach richterlichem Ermessen erfolgt.

Daselbst Bd. 9 S. 376.

Auch in der vom ersten Richter angeführten Entscheidung,

daselbst Bd. 14 S. 133. 134,

ist unter Benutzung der Vorarbeiten der Gesetzgebung hervorgehoben, daß es hinsichtlich der Aufhebung der gewerblichen Abgabe keinen Unterschied macht, ob dieselbe für die Überlassung einer zur Zeit des Vertrages bereits bestehenden Gewerbeberechtigung oder für die ursprüng-

liche Verleihung einer solchen entrichtet wird. Auch von dem Revisionskollegium für Landeskulturſachen, welchem durch das Gesetz vom 11. März 1850 die Beurteilung der Frage, ob die auf einem Mühlengrundstücke haftende Abgabe durch die Bestimmungen des §. 30 des Ediktes vom 2. November 1810 oder des §. 3 der Gewerbeordnung vom 17. Januar 1865 aufgehoben worden sei, unter Ausschluß der Kognition der ordentlichen Gerichte übertragen wurde, ist bezüglich eines dem vorliegenden ganz ähnlichen Falles angenommen worden, daß eine Abgabe, welche die Gutsherrschaft für die Belehnung des Erwerbers eines Windmühlengrundstückes mit der Mühlengerechtigkeit, die seinem Vorbesitzer verliehen gewesen und von demselben zu seinen Gunsten zurückgegeben worden war, unter dem Namen Erbzins von der Mühle sich ausbedungen hatte, für eine gewerbliche und folglich für aufgehoben anzusehen sei.

Vgl. Zeitschrift für die Landeskulturgesetzgebung der preußischen Staaten Bd. 5 S. 84.

Der von dem Berufungsgericht dem §. 7 Ziff. 6 G.O. gegebenen Auslegung ist demnach auch in der Revisionsinstanz beizutreten. Ebenso auch der Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall, da die Eigenschaft einer für den Betrieb des Mühlengewerbes zu entrichtenden Abgabe dem in Rede stehenden Kanon nicht abzusprechen ist. Ob derselbe eine Abgabe von publizistischem Charakter, wie das angefochtene Erkenntnis annimmt, und ob die gegen diese Abgabe eingeräumte Mahlgerechtigkeit als Realgewerbeberechtigung anzusehen ist, kann dahingestellt bleiben, weil hiervon aus bereits angeführten Gründen die Aufhebung derselben nicht abhängt."

---

25. Begriff der Zahlungseinstellung.

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1882 i. S. J. (Kl.) w. Z. (Bekl. Rep. I. 668/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Z. hat behufs Befriedigung für eine ihm gegen F. zustehende Forderung im Januar 1881 zwei Pöste in dem F. gehörenden Grundstücke eintragen lassen. Am 5. Februar 1881 wurde über das Vermögen des F. Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter J. erhob Klage gegen Z. mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, in die Tilgung der beiden Pöste zu willigen. Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht verwarf die Berufung. Auf Revision des Klägers hob das Reichsgericht das Berufungserkenntnis auf und verwies die Sache an das Oberlandesgericht zurück.

Aus den Gründen:

...„Das Oberlandesgericht nimmt als erwiesen an, daß F. seinen Kreditoren erklärt habe, daß er sie der Zeit nicht befriedigen könne, und sie um Frist gebeten habe. Auch sei als erwiesen anzusehen, daß F. vor der von dem Konkurskurator angefochtenen Zuschreibung der Pöste an den Beklagten viele Pöste unbezahlt gelassen habe. Aber nach den Aussagen der Zeugen sei doch auch anzunehmen, daß er eine große Reihe von Zahlungsverbindlichkeiten erfüllt habe. F. habe deponiert, daß er die kleineren Schulden bezahlt habe. Auch gehe aus seinen Aussagen hervor, daß er selbst größere Schulden bezahlt habe, wenn sie dringend gewesen, namentlich wenn ihm mit Pfändung gedroht war. Demnach sei nicht erwiesen, daß der Umfang der von F. bezahlten Schulden ein so geringer gewesen, daß ungeachtet deren Berichtigung angenommen werden müsse, es habe F. in der Allgemeinheit aufgehört, seine Verpflichtungen zu erfüllen. Nach der ganzen Sachlage könne nicht angenommen werden, daß die Zahlungsunfähigkeit des F. hinreichend äußerlich erkennbar gewesen sei, um als eine wirkliche Zahlungseinstellung gelten zu können. Dies um so weniger, als F. sein Tischlergeschäft fortgetrieben habe, woraus zu folgern sei, daß er auch die mit der Fortsetzung dieses Betriebes verknüpften notwendigen Ausgaben fortbezahlt habe, wie er dies auch hinsichtlich der Löhne ausdrücklich zugestanden habe.

Das Oberlandesgericht hat bei dieser thatsächlichen Feststellung den gesetzlichen Begriff der Zahlungseinstellung verkannt.

Allerdings ist eine Zahlungseinstellung dann nicht anzunehmen, wenn nur einzelne fällig gewordene Zahlungen nicht geleistet worden sind, während der Schuldner dadurch, daß er die fällig werdenden

Zahlungen für die Regel leistete, seine Zahlungsfähigkeit dokumentiert hat.

Im vorliegenden Falle nimmt aber das Oberlandesgericht als erwiesen an, daß F. seinen Kreditoren erklärt habe, daß er sie derzeit nicht befriedigen könne, und daß er viele Pöste unbezahlt gelassen habe. Daß es sich hierbei um eine bloße Zahlungsstockung für den demnächst in Konkurs verfallenen Schuldner gehandelt habe, wird nicht angenommen. Das Oberlandesgericht nimmt aber, ohne die Aussage eines Zeugen zu würdigen, nach welcher diesem ein Akkord angeboten ist, eines anderen, nach welcher sich der Schuldner bemüht hat, ein Moratorium zu erwirken, des Schuldners selbst, wonach er größere Schulden im allgemeinen nicht bezahlt habe, um deswillen die Zahlungseinstellung nicht als erwiesen an, weil der Schuldner die kleineren Schulden und größere Schulden bezahlt habe, wenn sie dringend gewesen, namentlich wenn ihm mit Pfändung gedroht war.

Das Oberlandesgericht zieht hieraus den Schluß, es sei nicht erwiesen, daß der Umfang der von F. bezahlten Schulden ein so geringer gewesen sei, daß ungeachtet deren Berichtigung angenommen werden müsse, daß F. in der Allgemeinheit aufgehört habe, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.

Das Verhältnis der Allgemeinheit der unterbliebenen Zahlungen zu den ausnahmsweis eingetretenen Erfüllungen ergiebt sich nicht bloß aus der Abwägung der Zahl und der Größe der befriedigten und der unbefriedigt gebliebenen Forderungen. Wenn der Schuldner selbst der Wahrheit entsprechend seinen Gläubigern erklärt, daß er seine Schulden, wie sie fällig werden, im ganzen zu befriedigen keine Mittel habe, und demnächst oder zugleich unterläßt, fällig werdende Forderungen zu befriedigen, so hat er damit seine Zahlungen eingestellt; und der Umstand, daß er kleinere Schulden nun dennoch befriedigt, oder daß er, um eine Pfändung nicht eintreten zu lassen, auch größere Schulden bezahlt, wenn ihm deshalb Pfändung droht, während er die übrigen fällig gewordenen Schulden unbezahlt läßt, beseitigt die Zahlungseinstellung so wenig, wie der Umstand, daß der Schuldner sein Geschäft fortgesetzt hat. Hervorgetreten ist aber die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im vorliegenden Falle genügend durch seine Erklärung an die Gläubiger, wie ja das Oberlandesgericht selbst annimmt, daß dem Beklagten die Zahlungseinstellung nicht unbekannt geblieben sei, wenn

in den von den Zeugen bekundeten Thatsachen eine Zahlungseinstellung zu finden wäre."

26. Begründung der Klage gegen die Firma eines Einzelkaufmannes, wenn der Inhaber, mit welchem kontrahiert war, verstorben ist?

I. Civilsenat. Urt. v. 25. Februar 1882 i. S. L. (Kl.) w. H. J. Sw. Kammgarnspinnerei (Bekl.). Rep. I. 267/81.

I. Landgericht Meiningen.
II. Oberlandesgericht Jena.

Aus den Gründen:

„Die Klage ist gegen die Firma: H. J. Sw. Kammgarnspinnerei zu W. erhoben. Die Klage behauptet, Kläger habe sich von dieser Firma den provisionsweisen Alleinverkauf der Strickgarne und gefärbten Zephyrgarne auf so lange ausbedungen, als solche von der Spinnerei gefertigt würden, und diese Bedingung sei ihm von der Firma zugestanden.

Inhaber der Firma war nach der Klage Herr v. Sw., welcher in Bayern wohnte.

Das Klageduplikat und die Ladung sind am 8. Oktober 1878 dem „Direktor K." behändigt, welcher p. p. H. J. Sw. die Vollmacht des beklagten Anwaltes ausgestellt hat.

In der Vernehmlassung giebt die Beklagte an: der alleinige Inhaber der Firma, H. J. v. Sw., sei schon vor der Klagmitteilung mit Tode abgegangen.

Der Kläger hat sich auf diese Behauptung nicht eingelassen, sie ist also in Gemäßheit des gesetzlichen und dem Kläger überdies angedrohten Rechtsnachteiles als zugestanden anzusehen. Wer der oder die Inhaber der Firma H. J. Sw. zur Zeit der Insinuation der ersten Ladung und zur Zeit des Urteiles sonst waren, erhellt nicht.

Wenn nun auch der Direktor K., welcher p. p. gezeichnet hat, sofern er als Prokurist von dem früheren Inhaber der beklagten Firma bestellt wurde, Prokurist dieser Firma auch nach dem Tode des Herrn

v. Sw. geblieben, wenn diese Prokura durch den Tod des Herrn v. Sw. nicht erloschen ist, so kann doch als verklagt nur derjenige gelten, welcher zur Zeit der Insinuation der Ladung Inhaber der Firma war, bezw. seit der Zeit Inhaber der Firma geblieben ist. Wer oder welche Personen das seien und in welchem Successionsverhältnisse sie zu dem verstorbenen Herrn v. Sw. stehen, welcher die geklagte Verpflichtung eingegangen sein soll, konstiert nicht; es ergiebt sich also auch nicht, ob auf diese Person oder diese Personen diejenigen Verbindlichkeiten übergegangen sind, welche etwa in der Person des Herrn v. Sw. begründet waren. Da dieser Einzelkaufmann war, so würde der bloße Übergang der Firma die ihm obliegenden Verbindlichkeiten auf die späteren oder den späteren Inhaber nicht haben übergehen lassen.

Somit fehlt es für den Anspruch, welchen Kläger gegen die Firma als solche erhoben hat, an der erforderlichen Schlüssigkeit. Soweit die Klage in der angebrachten Maße verworfen worden ist, rechtfertigt sich diese Abweisung schon aus diesem Grunde, ohne daß weiter auf die von den Richtern der Vorinstanzen erörterten Fragen einzugehen ist, ob die Ansprüche, welche Kläger erhoben hat, in ihrer Richtung gegen den ursprünglichen Inhaber der Firma als substanziiert anzusehen seien." ...

---

27. Ist der Schleppvertrag ein Frachtvertrag, wenn das zu schleppende Fahrzeug dem Schleppschiffer zum Transporte übergeben wird?

I. Civilsenat. Urt. v. 4. März 1882 i. S. S. (Kl.) w. W. & Sohn (Bekl.). Rep. I. 219/81.

I. Landgericht Prenzlau.
II. Kammergericht Berlin.

In betreff des Vertrages, durch welchen Kläger es übernommen hatte, die das Hohensaathener Wehr oder die Hohensaathener Schleuse passierenden Flößhölzer des beklagten Holzspediteurs vermittelst Dampfers nach dem Oberberg-Lieper See zu schleppen, wurde ausgesprochen in den

Gründen:

„Dieser Transportvertrag ist von dem Apell.-R. mit Recht als

Frachtvertrag im Sinne des Handelsgesetzbuches aufgefaßt worden. Die in der Literatur verschieden beantwortete,

vgl. einerseits Goldschmidt, Handbuch 2. Auflage Bd. 1 S. 615 Note 20; andererseits Thöl, Handelsrecht Bd. 3 §. 4 Note 7,

in der Rechtsprechung des vormaligen Obertribunales zu Berlin (Striethorst, Archiv Bd. 57 S. 121; Gruchot, Beiträge Bd. 14 S. 862) und des vormaligen Reichsoberhandelsgericht (Entsch. Bd. 23 S. 320) verneinte Frage, ob die Schleppschiffahrt unter den Begriff des Frachtvertrages falle, wenn das geschleppte Schiff dem Schleppschiffer nicht übergeben wird, kann hier unerörtert bleiben, weil ein Fall dieser Art nicht vorliegt. Nach §. 2 des Vertrages verpflichtete sich der Schleppschiffahrts-Unternehmer, die Flößhölzer zum Zwecke des Transportes zusammenzustellen und zu befestigen, den Transport auszuführen, die Hölzer am Bestimmungsorte „im richtigen ihm bei Hohensaathen übergebenen Verbande" abzuliefern und verloren gegangene Hölzer zu bezahlen. Die Hölzer sollten also ihm übergeben werden und während der Fahrt im Gewahrsam des Schleppschiffsführers sein; daß eine Begleitung der Hölzer durch Leute der Holzspediteurs während der Fahrt stattfinden sollte, wird nirgend erwähnt. Ein solcher Vertrag trägt alle Merkmale des Frachtvertrages an sich. Der Transport wird durch das Schleppschiff allein, nicht von dem Absender mit Hilfe des Schleppschiffes bewirkt. Daß das Flößholz nicht an Bord des Schleppschiffes übernommen, sondern demselben angehängt wird, schließt die Annahme eines Frachtvertrages nicht aus. Wenn nicht einmal die Anwendung von Transportmitteln zum Wesen desselben gehört (Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 13 S. 133), so ist es um so weniger wesentlich, in welcher Weise das zum Transporte dienende Fahrzeug zu diesem Behufe verwendet wird."

---

28. Welche Bedeutung hat es für den Inhalt eines Eisenbahnfrachtvertrages, wenn im Tarife infolge eines Druckfehlers der betreffende Frachtsatz zu hoch angegeben ist? Interpretation des Betriebsreglements §. 52 Abs. 1 und des Art. 406 H.G.B.

I. Civilsenat. Urt. v. 11. März 1882 i. S. Eisenbahnfiskus (Bekl.) w. Stadt Görlitz (Kl.). Rep. I. 695/81.

I. Landgericht Görlitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

In dem von der Direktion der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn publizierten

„Nachtrag VII zum Lokal-Gütertarif nebst Anhang vom 1. Juli 1877“ heißt es:

„Abschnitt I: Anderweite Frachtsätze für den Transport von Steinkohlen aus dem Waldenburger Grubenrevier.“

„Frachtsatz für 100 kg Kohlen von Glückshilf und Friedenshoffnungsgrube nach Görlitz: 0,49 ℳ.“

Im Oktober 1880 publizierte diese Direktion den

„Nachtrag XVII zum Lokal-Gütertarif“,

darin:

„Abschnitt VII. Druckfehlerberichtigung:“

„In Nachtrag VII sub I betragen die Ausnahmsfrachtsätze für Steinkohlen von Glückshilf bezw. Friedenshoffnungsgrube nach Görlitz: 0,46 nicht 0,49 ℳ.“

Die Stadtgemeinde Görlitz hatte (für ihre Gasanstalt) vom 1. Juli 1878 bis 14. Oktober 1880 aus den beiden genannten Gruben auf der Niederschlesisch-Märkischen Eisenbahn von Station Dittersbach ab bezogen: 11 545 000 kg Kohlen und dafür nach dem Satz von 0,49 ℳ Fracht bezahlt 56 612 ℳ. Wäre die Berechnung nach dem Satze von 0,46 ℳ erfolgt, so würde die Fracht 3505 ℳ weniger betragen haben. Diese Summe forderte die Stadt Görlitz vom Eisenbahnfiskus zurück, die Forderung wurde aber in höchster Instanz vom Minister für öffentliche Arbeiten zurückgewiesen. Die Stadt Görlitz klagt nun von diesem Betrage die Summe von 1550 ℳ mit 5% Verzugszinsen seit dem 15. Dezember 1880 ein. Das Landgericht Görlitz erkannte dem Klagantrage gemäß, und das O.L.G. Breslau wies die vom Beklagten eingelegte Berufung zurück. Die gegen das Berufungsurteil vom Beklagten eingelegte Revision wurde vom Reichsgericht zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Zur Entscheidung über das eingelegte Rechtsmittel bedarf es im vorliegenden Falle einer eingehenden Erörterung der Frage über die Bedeutung von Wille und Willenserklärung für den Vertragsabschluß

und das Verhältnis beider zu einander nicht; insbesondere ist nicht der vielfach behandelte Fall zu erörtern, wenn die Erklärung des Vertragswillens eines Kontrahenten auf eine ganz andere oder auf eine quantitativ für ihn nachteiligere oder minder vorteilhafte Leistung, als die wirklich gewollte, lautet. Hier handelt es sich um den Fall, wenn Wille und Willenserklärung des eine Leistung stipulierenden Kontrahenten nur in quantitativer Beziehung und in der Art differieren, daß der Gegenstand seiner Erklärung für ihn vorteilhafter ist, als der seines wirklich vorhandenen Willens, wenn er also in der vom anderen Kontrahenten acceptierten Offerte den ihm zu leistenden Betrag höher angegeben hat, als er denselben wirklich gewollt, während beim anderen (die Leistung versprechenden) Kontrahenten Wille und Willenserklärung sich decken.

Da, abgesehen von besonderer Gestaltung des Vertragsverhältnisses, im Versprechen des Mehr auch das Versprechen des Weniger enthalten ist, so ist im gegebenen Falle soweit, als der wirkliche Wille des ersten Kontrahenten vorhanden war, ein Vertrag zustande gekommen. Was dagegen den höheren Betrag der Leistung betrifft, so liegt zwar über diesen die Willenserklärung beider Kontrahenten vor, aber der darauf gerichtete Vertragswille ist nur auf seiten des Versprechenden wirklich vorhanden, während es an dem des Stipulierenden fehlt. Der Stipulierende kann sich aber auf seine irrtümliche Erklärung nicht zu seinem Vorteil berufen. Er kann daher einen Anspruch auf den Mehrbetrag der Leistung weder angriffsweise noch verteidigungsweise (der condictio indebiti gegenüber, falls Zahlung bereits erfolgt ist) geltend machen.

Es fragt sich nun aber weiter, ob im vorliegenden Falle die Voraussetzungen zur Anwendung dieses Satzes gegeben sind.

Wie alle Eisenbahnfrachtverträge waren auch die streitigen auf Grund des Tarifes abgeschlossen. Die einschlagende Tarifbestimmung bildet also einen Teil der lex contractus des einzelnen Vertrages. Nun enthielt zwar der angeführte Nachtrag VII den Frachtsatz von 0,49 ℳ, allein im Nachtrag XVII wurde dieser Ansatz als auf einem „Druckfehler" beruhend berichtigt. Hiermit ist auf das deutlichste erklärt, daß nicht etwa nur von der Zeit dieser letztern Erklärung an der Frachtsatz ermäßigt werden solle, sondern daß schon am 1. Juli 1877 der

Frachtsatz in diesem geringeren Betrag festgestellt und beabsichtigt war, denselben zur Anwendung zu bringen.

Nun ist allerdings in der Veröffentlichung einer für die abzuschließenden Verträge im allgemeinen aufgestellten lex contractus die Erklärung eines obligatorischen Willens nicht enthalten, vielmehr wird ein solcher erst bei Abschluß des einzelnen Vertrages gefaßt und erklärt; es kommt also bei der Frage, ob der wirklich vorhandene Wille und die Willenserklärung sich decken, nicht auf die Zeit der Veröffentlichung der allgemeinen lex contractus, sondern auf die des Vertragsabschlusses an, und dies wird insofern von Bedeutung, als, wenn beim Vertragsabschluß der bei der Veröffentlichung begangene Irrtum vom betreffenden Kontrahenten erkannt, dennoch aber die lex contractus nicht abgeändert worden war, daraus möglicherweise entnommen werden kann, daß eine Divergenz des Willens und der Willenserklärung nicht vorhanden sei. Es braucht aber hier nicht weiter untersucht zu werden, unter welchen Umständen diese Schlußfolgerung gerechtfertigt sein würde, da für die Eisenbahnen die wesentliche Voraussetzung der Zulässigkeit einer solchen Schlußfolgerung, die Freiheit des Vertragswillens, nicht vorhanden ist. Nicht nur ist die Vertragsfreiheit der Eisenbahnen im allgemeinen durch das Handelsgesetzbuch und das Betriebsreglement wesentlich eingeengt, sondern insbesondere sind auch hinsichtlich der Feststellung der Frachtsätze die Privatbahnen durch allgemeine oder bei der Konzessionierung festgesetzte besondere Bestimmungen beschränkt, und auch für die Tarife der Staatsbahnen und der vom Staate verwalteten Bahnen sind gewisse feste Grundsätze maßgebend. Der Tarif wird in bestimmt formeller Weise festgesetzt (genehmigt), eine durch konkludente Handlungen erfolgende Abänderung desselben ist ausgeschlossen. Die bei der Publikation des Tarifes irrtümlich erfolgte Abweichung von dem festgestellten Inhalte kann daher nicht durch die bloße Anwendung des Tarifes in der publizierten Gestalt später gebilligt werden.

Hieraus folgt, daß, wenn ein einzelner Frachtvertrag abgeschlossen wird, für welchen die betreffende Tarifbestimmung maßgebend ist, in demselben zwar den Worten nach der Tarifsatz in der publizierten Höhe vereinbart ist, daß aber der Vertragswille der Eisenbahn zur Zeit des Abschlusses nur als auf den Frachtsatz, wie derselbe festgestellt worden war, gerichtet anerkannt werden kann, einerlei ob die Eisenbahnverwaltung sich des bei der Veröffentlichung des Tarifes vor-

gekommenen Irrtumes bereits bewußt geworden war oder nicht. Die Voraussetzungen zur Anwendung des oben aufgestellten allgemeinen Grundsatzes sind hiernach im vorliegenden Falle gegeben.

Hiergegen kann auch nicht etwa eingewendet werden, die Vorschrift, die Eisenbahn solle nur auf Grund des festgestellten Tarifes kontrahieren, sei nur eine Ordnungsvorschrift, welche das Verhältnis zum anderen Kontrahenten nicht berühre; denn nach dem Betriebsreglement, welches für die rechtlichen Beziehungen der Kontrahenten maßgebend ist, da auf Grund desselben die Frachtverträge abgeschlossen werden, bilden die Tarifsätze die vereinbarten Frachtsätze (§. 52 Abs. 1). Allerdings wird in der angeführten Stelle von „publizierten Tarifen" gesprochen, allein damit ist lediglich ausgesprochen, daß für den Vertrag die Tarife nur von Bedeutung sind, insofern sie publiziert sind. Es ist dies besonders wichtig bei Abänderungen des Tarifes, namentlich bei Einführung höherer Frachtsätze. Eine Bezugnahme auf diese Abänderungen ist nicht zulässig, wenn dieselben nicht publiziert sind (vgl. Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 20 Nr. 92 S. 375). Um dies auszudrücken, ist der im „Vereinsreglement für den Güterverkehr von 1856" (Koch, Deutschlands Eisenbahnen II, 2 S. 50) §. 17 Abs. 5 nicht enthaltene Zusatz „publizierte" aufgenommen worden. Nicht aber kann die Bestimmung des Betriebsreglements so aufgefaßt werden, als solle der Inhalt des Tarifes, wie er publiziert ist, dem Inhalt desselben, wie er festgestellt ist, entgegengesetzt werden. Es wird vielmehr davon ausgegangen, daß die Publikation genau der Feststellung entspricht, und es lag keine Veranlassung vor, den besonderen Fall eines Irrtumes zu berücksichtigen. Für die Entscheidung dieses Falles kommt daher der oben entwickelte allgemeine Grundsatz zur Anwendung.

Mit Unrecht rügt der Revisionskläger noch Verletzung des Art. 408 H.G.B. Nicht nur folgt, wie der Berufungsrichter ausführt, aus der Stellung des Art. 408, daß derselbe sich nur auf die Verpflichtungen des Frachtführers aus dem Frachtvertrage bezieht, sondern es ergiebt sich aus dem Inhalte des Artikels selbst, daß der Gesetzgeber, indem er die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Frachtführer ausschließt, davon ausgeht, in der Annahme des Gutes und der Bezahlung der Fracht sei eine Approbation der Leistungen des Frachtführers, die Erklärung, daß von seiten des Frachtführers der Frachtvertrag erfüllt sei, zu finden. Der Anspruch auf Rückgängig-

machung der ohne Rechtsgrund erfolgten Zahlung gehört aber nicht zu den vom Frachtführer durch Eingehung des Frachtvertrages übernommenen Verpflichtungen, und die stillschweigende (durch konkludente Handlungen erfolgende) Erklärung, daß der Frachtführer seinen Verpflichtungen nachgekommen sei, kann keine weitere Wirkung äußern, als eine mit Worten abgegebene Erklärung gleichen Inhaltes."

---

29. Sind die Gerichte zur Entscheidung darüber zuständig, ob ein Reichsbeamter früher im Dienste eines Bundesstaates (§. 46 Ziff. 2 des Reichsbeamtengesetzes) gestanden habe? Unter welchen Voraussetzungen ist dies anzunehmen?

II. Civilsenat. Urt. v. 24. März 1882 i. S. Generaldirektion der Reichseisenbahnen in Elsaß-Lothringen (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 497/81.

I. Landgericht Straßburg.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Kläger verlangt Erhöhung seiner Pension, indem er nicht nur eine Dienstzeit von 7 Jahren 6 Monaten, sondern von 11 Jahren 6 Monaten der Berechnung zu Grunde gelegt wissen will; er ist nämlich am 18. September 1872 bei der Beklagten als Weichensteller angestellt und am 7. Februar 1880 pensioniert worden; es steht aber außerdem folgendes fest: Am 22. März 1868 ist er als Rottenführer in den Dienst der Saarbrücker Eisenbahn eingetreten und hat als solcher ein zwischen ihm und dem Bahnmeister abgeschlossenes „Arbeiterengagement" unterzeichnet, in welchem insbesondere Bestimmungen über Beiträge zur Krankenkasse, Kündigung und vertragsmäßige Strafen enthalten sind; am 25. April 1868 ist er als unständiger Hilfswärter vereidet worden, sein Eid ist als „Diensteid der Beamten der Kgl. Eisenbahndirektion zu Saarbrücken" bezeichnet und nach Inhalt und Fassung ganz derselbe, wie der in Art. 108 der preuß. Verfassung für alle Beamten vorgeschriebene. Am 17. Juli 1869 hat er als vereideter Rottenarbeiter einen Revers ausgestellt, daß er keine Schulden habe und, falls sich

diese Angabe später als unrichtig erweisen sollte, sofort von dem ihm übertragenen Amte zurücktreten wolle; vom 1. Dezember 1869 an wurde er als ständiger Hilfsweichensteller angenommen, von da an zur Kleiderkasse veranlagt und seine Eintragung in das Beamtenverzeichnis angeordnet, wobei die Bezeichnung „der bisherige Rottenführer" gebraucht ist. — Beide Instanzen haben nun angenommen, daß die Gerichte kompetent seien, darüber zu entscheiden, ob Kläger bereits vom 25. April 1868 an im Dienste eines Bundesstaates gestanden habe, und beide haben dies bejaht. Die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Mit Unrecht bestreitet die Beklagte die Zuständigkeit der Gerichte für Entscheidung der den vermögensrechtlichen Anspruch des Klägers bedingenden Frage, ob und von welchem Zeitpunkte an er früher schon sich im Dienste eines Bundesstaates befunden habe. — Die Zuständigkeit ergiebt sich aus der ganz allgemeinen Fassung des §. 149 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873, aus §. 150, wonach selbst die Entscheidung der obersten Reichsbehörde für die Gerichte nicht bindend, sondern nur die formale Voraussetzung für Beschreitung des Rechtsweges ist, und aus §. 155, worin diejenigen Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden, welche für die Beurteilung der vor den Gerichten geltend gemachten vermögensrechtlichen Ansprüche maßgebend sein sollen, erschöpfend aufgezählt sind. Daß die gerichtliche Zuständigkeit nicht weiter als betreffs dieser im Gewaltsverhältnisse des Reiches dem Beamten gegenüber gegründeten Befugnisse beschränkt sein soll, ergiebt sich auch daraus, daß, wie die §§. 113—116 des Reichsgesetzes vom 27. Juni 1871 über die Pensionierung der Militärpersonen, so auch die §§. 149 ff. des Reichsbeamtengesetzes, den §§. 1—7 des preuß. Gesetzes vom 24. Mai 1861 betreffend die Erweiterung des Rechtsweges nachgebildet sind, und daß hierbei, wie eine Vergleichung mit diesem Gesetze (z. B. §. 6) lehrt, die richterliche Kompetenz offensichtlich noch weiter ausgedehnt werden sollte. —

Auch in der Sache kann die Revision nicht für begründet befunden werden.

Die Frage, ob jemand im Sinne des §. 46 Ziff. 2 des Reichsbeamtengesetzes im Dienste eines Bundesstaates oder der Regierung eines zu einem Bundesstaate gehörigen Gebietes sich befunden habe, ist nicht auf Grund der Gesetze über die Beamten (Dienerpragmatik) des betreffen-

den Partikularstaates, sondern nach den Prinzipien des Reichsrechtes zu beurteilen. Es folgt dies aus dem Zwecke des Reichsbeamtengesetzes, ein einheitliches Recht für sämtliche Reichsbeamten zu schaffen, aus dessen §§. 70. 71, worin auch betreffs erworbener Ansprüche der Anwendung des partikulären Rechtes bestimmte Schranken gezogen sind, aus dem letzten Absatze des §. 46 und aus §. 52. Durch §. 46 Abs. 2 in Verbindung mit §. 45 sind zu Gunsten der Reichsbeamten solche partikularrechtliche Bestimmungen beseitigt, wonach der eigentliche Staatsdienst oder das zur Pension berechtigende Beamtenverhältnis nicht schon mit dem Eintritte in den Dienst für den Staat oder mit der Beeidigung für solchen beginnt, sondern erst von einem späteren Zeitpunkte — etwa der landesherrlichen Bestallung — an, und durch den §. 52 werden prinzipiell Landesgesetze ausgeschlossen, wonach die im Kirchen-, Hofdienste und dergl. Angestellten in Bezug auf Pension den Staatsbeamten gleichgestellt sind.

Das Reichsrecht enthält nun zwar, abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden §. 359 St.G.B. keine Definition des *Beamten*, sondern nur einzelne Vorschriften, bei welchen der Begriff vorausgesetzt wird; es ist daher unter Berücksichtigung dieser einzelnen Bestimmungen unter Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus den gegebenen Thatsachen festzustellen, ob ein Reichsbeamter im Sinne des §. 46 Ziff. 2 sich im *Dienste eines Bundesstaates* befunden habe. — Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergiebt sich jedenfalls soviel, daß im Gegensatze zur bloßen Dienstmiete, welche ein Verhältnis sich gleichberechtigt gegenüberstehender Kontrahenten erzeugt, der Staatsdienst ein Gewaltsverhältnis des Staates dem Beamten gegenüber voraussetzt, und daß die dem Staate geleisteten Dienste unmittelbar oder mittelbar zur Förderung staatlicher Zwecke bestimmt sein müssen. Aus dem Reichsbeamtengesetze sodann ist zu entnehmen, daß zum Begriffe des Beamten die Anstellung durch das Staatsoberhaupt oder durch eine nach Maßgabe der Gesetze hierzu kompetente Behörde gehöre (§. 1), ferner, daß die Anstellung unter dem ausdrücklichen Vorbehalte des Widerrufes oder der Kündigung den Begriff des Beamten *nicht* ausschließt (§. 2). Der §. 4 erwähnt zwar die Anstellungsurkunde; diese ist aber für die vermögensrechtlichen Ansprüche nicht wesentlich, denn der Anspruch auf ein Diensteinkommen beginnt in Ermangelung besonderer Festsetzungen mit dem Tage des Amtsantrittes (§. 4), und für die Berechnung der Dienstzeit kommt weder das Datum der Bestallung noch der Tag der Aushändigung derselben

in Betracht. Ein Merkmal der Beamteneigenschaft ist (§. 3) die Beeidigung auf Erfüllung aller Obliegenheiten des übertragenen Amtes, obgleich auch sie nicht schlechthin für Berechnung der Dienstzeit maßgebend ist (§. 45). Diese Prinzipien hat das Berufungsgericht nicht verkannt, wenn es einerseits davon ausgeht, es sei entscheidend das durch die Verleihung des Amtes und die Annahme desselben entstehende Unterordnungsverhältnis des Beamten gegen den Staat, welches ihn zum Gehorsam und zur treuen Pflichterfüllung verbindet und ihn des staatlichen Schutzes bei Ausübung seiner Dienstpflicht versichert, und wenn es andererseits kein Gewicht darauf legt, daß Kläger ursprünglich nur auf Kündigung angestellt war und nach seiner Beeidigung keine Bestallungsurkunde erhielt.

Die auf Grund dieser Prinzipien erfolgte Würdigung der unbestrittenen Thatsachen, wobei mit Recht nicht der Engagementsvertrag vom 22. März 1868 für sich allein, sondern im Zusammenhange mit den ihm nachgefolgten Ereignissen in Betracht gezogen worden ist, unterliegt keiner Nachprüfung im Revisionsverfahren. Daß Kläger nur als „unständiger Hilfswärter" beeidigt wurde, ändert an der Sache nichts, da er auch damit, wie das Berufungsgericht annimmt und die Beklagte nicht anders behauptet, in ein dauerndes Dienstverhältnis eintrat und nicht etwa bloß zu einzelnen Verrichtungen in Verpflichtung genommen worden ist; er erlangte insbesondere den Charakter eines Bahnpolizeibeamten.

Der Vertreter der Revisionsklägerin rügt zwar in dieser Richtung insbesondere die Verletzung von §. 72 des Eisenbahnpolizeireglements vom 8. Juni 1870 (jetzt §. 68 Abs. 2 des Reglements vom 4. Januar 1875), weil danach nur dem Publikum gegenüber und nur in Beziehung auf die ihnen übertragene Dienstverpflichtung die Beeidigten in die Rechte der öffentlichen Polizeibeamten eintreten. Allein abgesehen davon, daß diese im Jahre 1870 erlassenen Normen keine unmittelbare Beziehung zu dem im Jahre 1868 begründeten Verhältnisse haben, und abgesehen davon, ob bei einem von der Staatsbehörde als Beamten Vereidigten eine Unterscheidung zwischen dem Verhältnisse dem Publikum gegenüber und demjenigen zum Staate zulässig sei, wonach er bloß in der einen Richtung Beamter wäre, in der anderen nicht, beruht die Entscheidung gar nicht auf diesen Reglements, sondern sie werden in Verbindung mit der Beilage 144 der Reichstagsverhandlungen von 1872

nur als Beweise dafür angeführt, daß die Natur des Dienstes als Weichensteller oder Bahnwärter dem Begriffe des Staatsdienstes nicht widerstreite, und ein solcher Bediensteter, abgesehen von positiven gesetzlichen Bestimmungen, Beamter sein könne."

---

30. Welche Rechte hat der Konkursverwalter bezüglich der Mietzinsen, wenn der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses eine zur Konkursmasse gehörige Sache vermietet und dem Mieter übergeben, sodann aber die Mietzinsen einem Dritten cediert hat?

I. Civilsenat. Urt. v. 25. März 1882 i. S. Bochumer Bergwerksaktiengesellschaft (Kl.) w. F. (Bekl.) Rep. I. 203/82.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Nach dem im Berufungsurteile in Bezug genommenen Thatbestande des landgerichtlichen Urteiles ist am 23. August 1880 über das Vermögen des Kaufmanns B. zu Frankfurt a. M. der Konkurs eröffnet worden. Dem B. und seiner Ehefrau gehörten zwei in Frankfurt a. M. belegene Häuser, auf denen bezw. 165 000 ℳ für die Frankfurter Hypothekenbank, 20 000 ℳ und 11 500 ℳ für die Revisionsklägerin hypothekarisch hafteten. Zur Sicherung der letzteren wegen der Zinsen dieser letztgedachten Hypothekforderungen und wegen einer von derselben für die Frankfurter Hypothekenbank übernommenen Zinsgarantie cedierten B. und seine Ehefrau der Klägerin am 30. Juni 1880 die Mietzinsen, welche seit dem 1. Januar 1880, bezw. 1. September 1879 bis zum Cessionstage bereits erwachsen waren und welche bis zum 2. Januar 1882 weiter erwachsen würden. Seit der Konkurseröffnung hat der Konkurskurator die Mietzinsen eingezogen, Klägerin hat gegen ihn den Anspruch erhoben, die Cession anzuerkennen und ihr die seit der Konkurserkennung bei dem Konkursverwalter eingegangenen, sowie die bis zum 2. Juni 1882 noch eingehenden Mietzinsen herauszuzahlen. Mit diesem Antrage ist sie von dem Landgerichte Frankfurt a. M. aus dem Grunde abgewiesen, weil der

Konkursverwalter und nicht der Gemeinschuldner für die Zeit seit der Eröffnung der Konkurses die Mietnutzung den Mietern gewähre und folgeweise auch für diese Zeit die Mietzinsen zur Konkursmasse zu fordern habe. Die Cession, welche der Gemeinschuldner vorgenommen habe, sei an die Voraussetzung geknüpft, daß den Mietern die Mietnutzung von jenem gewährt werde. Diese Voraussetzung treffe für die Zeit seit der Eröffnung des Konkurses nicht zu, die Cession erweise sich also bezüglich der seit dieser Zeit erwachsenen Mietzinsen als gegenstandslos.

Das Oberlandesgericht hat die von der Klägerin gegen dieses Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen. Es erachtet zwar die Begründung des gerichtlichen Urteiles für rechtsirrtümlich, nimmt aber an, daß der Gemeinschuldner bereits vor Eröffnung des Konkurses und bevor er cediert hat, seine Zahlungen eingestellt hatte, daß Klägerin auch wegen der ihr durch Hypothek gesicherten Forderungen persönliche Gläubigerin des Gemeinschuldners und folgeweise Konkursgläubigerin ist, daß sie auf die ihr durch die Cession gewährte Sicherung keinen Anspruch hatte, und daß sie nicht erwiesen hat, daß ihr zur Zeit der Cession weder die Zahlungseinstellung noch eine Absicht des Gemeinschuldners, Klägerin vor den übrigen Gläubigern zu benachteiligen, bekannt war. Aus diesem Grunde unterliege die Cession der Anfechtung aus §. 23 K.O.

Die von der Klägerin gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Allerdings hat die Revisionsklägerin mit Recht geltend gemacht, daß sich die Auffassung des oberlandesgerichtlichen Urteiles nicht halten läßt, es sei aus §. 26 K.O. abzuleiten, daß der Tag der Zahlungseinstellung nicht früher als 6 Monate vor der Eröffnung des Konkurses festgestellt werden dürfe. Vielmehr schreibt §. 26 nur vor, daß wenn der Gemeinschuldner noch früher als 6 Monate vor der Eröffnung des Konkurses seine Zahlungen eingestellt und nach der Zahlungseinstellung aber gleichfalls in einem soweit zurückliegenden Zeitraume Rechtshandlungen vorgenommen worden sind, welche die Gläubiger benachteiligen, diese aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden können.

Allein, wenn das Oberlandesgericht aus diesem rechtlich unhaltbaren

Grunde die Zahlungseinstellung *später* festgestellt hat, als sie sonst etwa festgestellt sein würde, so beruht auf dieser irrigen Rechtsansicht die Abweisung der Klage nicht. Dieselbe würde vielmehr auch erfolgt sein, wenn die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners auf einen früheren Zeitpunkt festgestellt worden wäre. Und für die Anwendung des §. 23 K.O. hat es kein Interesse bezüglich der *Kenntnis* des begünstigten Gläubigers genau den *Zeitpunkt* festzustellen, an welchem die Zahlung eingestellt sei. Es genügt festzustellen, daß der Gemeinschuldner, bevor die begünstigende Rechtshandlung vorgenommen wurde, die Zahlungen eingestellt *hatte*, daß er zu jener Zeit nicht mehr zahlte, weil er nicht zahlen konnte, und daß *dies* der begünstigte Gläubiger wußte, bezw. daß derselbe nicht imstande ist, zu beweisen, daß er es nicht wußte.

Sodann kann die Revisionsklägerin auch nicht mit Erfolg geltend machen, daß sie ein Recht auf die Sicherung hatte, welche ihr gewährt worden ist, oder daß die Konkursgläubiger durch diese Sicherung nicht benachteiligt seien.

Wie weit der Klägerin ein Absonderungsrecht bezüglich der seit der Eröffnung des Konkurses erwachsenen Mietzinsen kraft ihrer *Hypotheken* an den vermieteten Grundstücken, ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus diesen Mieten zusteht — vgl. Art. 25 der Frankfurter Verordnung vom 8. Juli 1877 in Verbindung mit §. 39 K.O. — und wieweit die Klägerin, falls sie von diesem Absonderungsrechte Gebrauch macht, zu einer ihrem Klagegesuch entsprechenden Befriedigung gelangt, ist in diesem Prozesse nicht erörtert. Für die Frage aber, ob die Revisionsklägerin die Garantie für die Zinsen der Frankfurter Hypothekenbank geleistet haben würde, wenn ihr die Mietzinsen nicht cediert worden wären, und ob diese Hypothekengläubigerin in solchem Falle wegen ihrer Zinsforderung die Mietzinsen zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen haben würde, sodaß die Konkursgläubiger aus diesem Grunde durch die Cession nicht benachteiligt seien, fehlt es in dieser Instanz an der Möglichkeit einer Erörterung und Feststellung der einschlagenden Thatsachen.

Auf eine angebliche Verletzung des Art. 24 der angezogenen Frankfurter Verordnung, nach welchem bis zur Vollendung der Versteigerung die Miet- und Pachtgelder aus dem Unterpfand von dem Gläubiger mit Arrest belegt werden dürfen, kann endlich, wie Revisionsbeklagter

Konkursverwalter und nicht der Gemeinschuldner für die Zeit seit der Eröffnung der Konkurses die Mietnutzung den Mietern gewähre und folgeweise auch für diese Zeit die Mietzinsen zur Konkursmasse zu fordern habe. Die Cession, welche der Gemeinschuldner vorgenommen habe, sei an die Voraussetzung geknüpft, daß den Mietern die Mietnutzung von jenem gewährt werde. Diese Voraussetzung treffe für die Zeit seit der Eröffnung des Konkurses nicht zu, die Cession erweise sich also bezüglich der seit dieser Zeit erwachsenen Mietzinsen als gegenstandslos.

Das Oberlandesgericht hat die von der Klägerin gegen dieses Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen. Es erachtet zwar die Begründung des gerichtlichen Urteiles für rechtsirrtümlich, nimmt aber an, daß der Gemeinschuldner bereits vor Eröffnung des Konkurses und bevor er cediert hat, seine Zahlungen eingestellt hatte, daß Klägerin auch wegen der ihr durch Hypothek gesicherten Forderungen persönliche Gläubigerin des Gemeinschuldners und folgeweise Konkursgläubigerin ist, daß sie auf die ihr durch die Cession gewährte Sicherung keinen Anspruch hatte, und daß sie nicht erwiesen hat, daß ihr zur Zeit der Cession weder die Zahlungseinstellung noch eine Absicht des Gemeinschuldners, Klägerin vor den übrigen Gläubigern zu benachteiligen, bekannt war. Aus diesem Grunde unterliege die Cession der Anfechtung aus §. 23 K.O.

Die von der Klägerin gegen das Berufungsurteil eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Allerdings hat die Revisionsklägerin mit Recht geltend gemacht, daß sich die Auffassung des oberlandesgerichtlichen Urteiles nicht halten läßt, es sei aus §. 26 K.O. abzuleiten, daß der Tag der Zahlungseinstellung nicht früher als 6 Monate vor der Eröffnung des Konkurses festgestellt werden dürfe. Vielmehr schreibt §. 26 nur vor, daß wenn der Gemeinschuldner noch früher als 6 Monate vor der Eröffnung des Konkurses seine Zahlungen eingestellt und nach der Zahlungseinstellung aber gleichfalls in einem soweit zurückliegenden Zeitraume Rechtshandlungen vorgenommen worden sind, welche die Gläubiger benachteiligen, diese aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden können.

Allein, wenn das Oberlandesgericht aus diesem rechtlich unhaltbaren

Grunde die Zahlungseinstellung *später* festgestellt hat, als sie sonst etwa festgestellt sein würde, so beruht auf dieser irrigen Rechtsansicht die Abweisung der Klage nicht. Dieselbe würde vielmehr auch erfolgt sein, wenn die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners auf einen früheren Zeitpunkt festgestellt worden wäre. Und für die Anwendung des §. 23 K.O. hat es kein Interesse bezüglich der *Kenntnis* des begünstigten Gläubigers genau den *Zeitpunkt* festzustellen, an welchem die Zahlung eingestellt sei. Es genügt festzustellen, daß der Gemeinschuldner, bevor die begünstigende Rechtshandlung vorgenommen wurde, die Zahlungen eingestellt *hatte*, daß er zu jener Zeit nicht mehr zahlte, weil er nicht zahlen konnte, und daß *dies* der begünstigte Gläubiger wußte, bezw. daß derselbe nicht imstande ist, zu beweisen, daß er es nicht wußte.

Sodann kann die Revisionsklägerin auch nicht mit Erfolg geltend machen, daß sie ein Recht auf die Sicherung hatte, welche ihr gewährt worden ist, oder daß die Konkursgläubiger durch diese Sicherung nicht benachteiligt seien.

Wie weit der Klägerin ein Absonderungsrecht bezüglich der seit der Eröffnung des Konkurses erwachsenen Mietzinsen kraft ihrer *Hypotheken* an den vermieteten Grundstücken, ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus diesen Mieten zusteht — vgl. Art. 25 der Frankfurter Verordnung vom 8. Juli 1877 in Verbindung mit §. 39 K.O. — und wieweit die Klägerin, falls sie von diesem Absonderungsrechte Gebrauch macht, zu einer ihrem Klagegesuch entsprechenden Befriedigung gelangt, ist in diesem Prozesse nicht erörtert. Für die Frage aber, ob die Revisionsklägerin die Garantie für die Zinsen der Frankfurter Hypothekenbank geleistet haben würde, wenn ihr die Mietzinsen nicht cediert worden wären, und ob diese Hypothekengläubigerin in solchem Falle wegen ihrer Zinsforderung die Mietzinsen zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen haben würde, sodaß die Konkursgläubiger aus diesem Grunde durch die Cession nicht benachteiligt seien, fehlt es in dieser Instanz an der Möglichkeit einer Erörterung und Feststellung der einschlagenden Thatsachen.

Auf eine angebliche Verletzung des Art. 24 der angezogenen Frankfurter Verordnung, nach welchem bis zur Vollendung der Versteigerung die Miet- und Pachtgelder aus dem Unterpfand von dem Gläubiger mit Arrest belegt werden dürfen, kann endlich, wie Revisionsbeklagter

verpflichtet, das Pachtverhältnis mit der Gläubigerschaft des Verpachters fortzusetzen, wenn diese den Vertrag aushalten will (vgl. Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Konkurse S. 712; Schweppe, Konkurs §. 62 S. 116; Beyer, Konkursprozeß §. 31).

Nun aber kann der Pachter nur angehalten werden, den Vertrag zu erfüllen, welchen er mit dem Kridar abgeschlossen hat, er ist nicht verpflichtet, mit der Gläubigerschaft einen neuen Vertrag, wennschon auf Grund derselben Bedingungen, einzugehen.

Ist also schon nach gemeinem Recht das unzweifelhafte Recht des Konkursverwalters, den Cessionen von Pacht- und Mietgeldern für die Zeit seit Eröffnung des Konkurses die Anerkennung zu versagen, nicht aus dem Umstande abzuleiten, daß es dem Konkursverwalter und der Gläubigerschaft frei stand, die Aushaltung der Verpachtungen des Kridars abzulehnen, so kann der Grund nicht zu einer anderen Entscheidung führen, daß jetzt nach §. 17 K.O. der Konkursverwalter, solange er die von dem Gemeinschuldner verpachteten oder vermieteten Sachen nicht verkauft, an den Pacht- oder Mietvertrag für die Zeit nach der Eröffnung des Konkurses gebunden ist.

Denn dadurch ist der Konkursverwalter und die Gläubigerschaft nur bezüglich der Art der Nutzung gebunden, sie kann nicht anders nutzen, als der Verfügung des Gemeinschuldners entspricht, und tritt soweit in dessen Verbindlichkeiten ein; sie übernimmt die von dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Vermietungen und Verpachtungen im ganzen, aber vorbehältlich der Modifikationen, welche sich aus der Selbständigkeit ihres Nutzungsrechtes ergeben. Gerade der Umstand, daß die Konkursordnung den Mieter und Pachter in dem bezeichneten beschränkten Umfange von den Verfügungen des Konkursverwalters unabhängig gestellt, daß sie dem Mieter und Pachter soweit ein Recht zu Lasten der Konkursmasse eingeräumt hat, fordert zu Gunsten derselben das notwendige Korrelat, daß ihr für die Zeit des Konkursverfahrens ein von den Verfügungen des Kridars unabhängiges Recht auf das Äquivalent der Miet- und Pachtnutzung eingeräumt wird."

---

31. Unter welchen Voraussetzungen ist der Spediteur schadensersatzpflichtig, welcher den ihm erteilten Auftrag, das Speditionsgut gegen

Seegefahr zu versichern, durch Versicherung desselben „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" ausführt?

I. Civilsenat. Urt. v. 1. April 1882 i. S. M. & Co. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 34/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Dem beklagten Speditionshause wurden vom Kläger mehrere Ballen Angorawolle zur Beförderung von Berlin nach Hull via Hamburg mit dem Auftrage, sie zu versichern, übergeben. Beklagte versicherte dieselben bei der Vaterländischen Transportversicherungs-Aktiengesellschaft in Elberfeld unter den „Allgemeinen Versicherungsbedingungen" derselben, welche in Art. 24 „Haare ausgenommen Pferdehaare" zu denjenigen Gütern zählen, für welche die Versicherung nur „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" gilt. Die Wolle kam in England von Seewasser beschädigt an. Nachdem die Versicherungsgesellschaft die Zahlung einer Entschädigung auf Grund des Art. 24 abgelehnt hatte, forderte Kläger Schadensersatz von dem Speditionshause und erwirkte in erster und zweiter Instanz eine Verurteilung desselben. Auf Nichtigkeitsbeschwerde desselben wies das R.G. die Klage ab.

Gründe:

„Das Handelsgesetzbuch bestimmt in Artt. 387. 367 Abs. 2, daß der Spediteur wegen Unterlassung der Versicherung des Speditionsgutes nur dann verantwortlich ist, wenn er von dem Kommittenten den Auftrag zur Versicherung erhalten hat; es enthält dagegen keine Bestimmung darüber, in welcher Weise der Spediteur den ihm erteilten Versicherungsauftrag auszuführen hat. Ist ihm hierüber von dem Auftraggeber keine Weisung erteilt, so gilt er als beauftragt, nach eigenem Ermessen sowohl über die Person des Versicherers, als über den Inhalt des Versicherungsvertrages bestmöglich Bestimmung zu treffen. Daß er hierbei die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden hat, ergiebt sich aus Art. 380 H.G.B. oder, wenn man mit dem vormaligen Reichsoberhandelsgericht, Entsch. Bd. 2 S. 267, den Versicherungsauftrag von dem Speditionsauftrag unterscheidet, aus Artt. 378. 361 ebenso wie aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes in Verbindung mit Art. 282 H.G.B. Diese Grundsätze kommen auch dann zur

Anwendung, wenn zu bestimmen ist, in welcher Weise Güter gegen Seegefahr versichert werden sollen, bezüglich deren die Versicherungsgesellschaften nach den bei ihnen geltenden allgemeinen Versicherungsbedingungen eine Versicherung regelmäßig nur in beschränkter Weise übernehmen, weil diese Güter von der Art sind, daß sie nicht allein durch Seeunfälle, sondern auch schon durch die Seereise als solche bei gewöhnlichem Verlaufe derselben leicht Beschädigungen erleiden, weshalb die Gesellschaften es vorziehen, zur Abschneidung der schwer zu entscheidenden Frage, ob im einzelnen Falle die Beschädigung auf diese oder auf jene Weise entstanden sei, die Versicherung nur unter der Klausel „frei von Beschädigung" oder „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" (Artt. 855 bis 857 H.G.B.) oder nur unter Befreiung von gewissen Prozenten des Versicherungswertes (Art. 851 H.G.B.) zu übernehmen. Ob derartige Güter unter den von den Versicherungsgesellschaften angenommenen allgemeinen Bedingungen, also nur in beschränktem Umfange, zu versichern seien, oder ob zu versuchen sei, durch eine außergewöhnliche Abmachung eine vollständige Versicherung derselben zu erlangen, hat der mit der Versicherung beauftragte Spediteur in Ermangelung einer ausdrücklichen desfallsigen Erklärung des Auftraggebers nach bestem Ermessen selbst zu bestimmen, ohne zu einer vorgängigen Anfrage bei dem Auftraggeber verpflichtet zu sein. Er darf und muß hierbei als vermutlichen Willen des Auftraggebers unterstellen, daß die Versicherung in der gewöhnlichen Weise, also unter den allgemeinen Versicherungsbedingungen und für die hiernach zu bemessende Prämie erfolgen solle. Er darf dies um so mehr unterstellen, da bei Gütern der vorgedachten Art diejenigen Beschädigungen, welche auf die gewöhnliche Einwirkung der Seereise zurückgeführt werden können, sich nicht als Unfälle derselben, gegen deren nachteilige Folgen die Versicherung schützen soll, mithin der Auftrag, Versicherung zu nehmen, hierauf an sich nicht zu beziehen ist. Er darf demnach annehmen, daß der Auftraggeber, wenn er eine Versicherung unter außergewöhnlichen Bedingungen, unter Anlegung einer höheren als der gewöhnlichen Prämie beabsichtigte, ihm dieserhalb eine besondere Weisung erteilt haben würde. Dies trifft um so mehr zu, wenn der Auftraggeber ein Kaufmann ist, dem es bekannt sein konnte und mußte, daß Seetransporte regelmäßig nicht in allen Richtungen durch Versicherung gegen die Folgen äußerer schädlicher Einwirkungen

geschützt werden können und daß derjenige, welcher sich auch gegen die ordentlicherweise zur Last des Versicherten bleibenden Nachteile durch Versicherung schützen will, die Übernahme eines solchen außergewöhnlichen Risiko abseiten des Versicherers nur durch Bewilligung einer Prämie von ungewöhnlicher Höhe erlangen kann.

Diesen Grundsätzen entspricht das angefochtene Erkenntnis nicht. Der Appellationsrichter geht zwar von dem richtigen Satze aus, daß der Spediteur bezüglich der ihm aufgetragenen Versicherung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden und die Anwendung derselben zu beweisen habe. Er nimmt aber an, daß der Beklagten eine Vernachlässigung schon deshalb zur Last zu legen sei, weil sie die Versicherung unter der Klausel „frei von Beschädigung außer im Standungsfalle" bewirkt habe, obgleich es zugestandenermaßen möglich gewesen wäre, im Falle ausdrücklichen Antrages und gegen Zahlung höherer Prämie eine weitergehende Versicheruug gegen Seebeschädigung zu erlangen. Diese Möglichkeit genügt nicht, um den Vorwurf der Pflichtvernachlässigung zu begründen. Es war vielmehr zu prüfen, ob Beklagte durch den von ihr angenommenen Versicherungsauftrag verpflichtet war, von dieser Möglichkeit durch Abschluß eines außergewöhnlichen Versicherungsvertrages Gebrauch zu machen. Dies versäumt der Appellationsrichter. ... Die Rüge einer Verletzung des vom Appellationsrichter für maßgebend erachteten Art. 380 H.G.B. durch unrichtige Anwendung desselben ist mithin begründet und aus diesem Grunde das angefochtene Erkenntnis aufzuheben.

In der Sache selbst ist die erhobene Klage als unbegründet zurückzuweisen. . . .

Kläger legt der Beklagten ein Versehen insofern zur Last, als sie sich wegen Versicherung der nach England zu versendenden Ballen Angorawolle an die Vaterländische Transportversicherungs-Aktiengesellschaft in Elberfeld gewendet habe, deren Statuten eine vollständige Versicherung dieses Artikels gegen Beschädigung nicht gestatten, und deren allgemeine Versicherungsbedingungen Art. 24 „Haare, ausgenommen Pferdehaare" zu denjenigen Gütern zählen, deren Versicherung nur „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" gilt.

Daß Beklagte hierdurch einer ausdrücklichen Weisung zuwider gehandelt habe, hat Kläger darzulegen nicht vermocht. Er hat zwar behauptet und unter Beweis gestellt, der Beklagten sei der Auf-

trag erteilt worden, die Ware gegen jeden Schaden während des Transportes zu versichern. Hierin liegt aber nur der Auftrag, gegen alle Unfälle, welchen die Ware während des Transportes zu Lande oder zur See in irgend einer Weise ausgesetzt sei, Versicherung zu nehmen, keineswegs aber der Auftrag, gegen diese Unfälle anders als in gewöhnlicher Weise zu versichern. Insbesondere war aus diesem Auftrage nicht zu entnehmen, daß Kläger willens sei, eine Prämie von außergewöhnlicher Höhe zu zahlen, um gegen Seegefahr eine Sicherheit von außergewöhnlichem Umfange zu verlangen. Wie Kläger berechtigt gewesen wäre, einem infolge dieses Auftrages unter ungewöhnlichen Bedingungen gegen höhere Prämie von der Beklagten geschlossenen Versicherungsvertrage die Genehmigung zu versagen, so kann er auch nicht aus der Unterlassung des Abschlusses eines derartigen Versicherungsvertrages einen Vorwurf gegen Beklagte herleiten.

War aber der Beklagten der Versicherungsauftrag ohne nähere Anweisung erteilt, so genügte sie demselben gemäß obiger Ausführung, wenn sie bei einer Versicherungsgesellschaft, gegen deren Solidität keinerlei Bedenken erhoben worden sind, in Gemäßheit der allgemeinen Versicherungsbedingungen derselben Versicherung nahm. Indem Beklagte dies unbestritten gethan hat, bedarf es ihrerseits keiner weiteren Darlegung, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes angewendet habe. Vielmehr war es Sache des Klägers, wenn er dessenungeachtet ein Verschulden der Beklagten wegen besonderer Umstände behaupten wollte, diese Umstände darzulegen und nötigenfalls zu beweisen. Kläger findet nun einen solchen Umstand darin, daß Beklagte bei anderen Versicherungerungsgesellschaften günstigere Bedingungen hätte erlangen können, insbesondere bei dem rheinisch-westfälischen Lloyd in M.-Gladbach. Insofern hiermit behauptet sein soll, daß es möglich gewesen wäre, bei anderen Versicherungsgesellschaften einen außergewöhnlichen Versichernngsvertrag unter Bewilligung einer höheren als der regelmäßigen Prämie abzuschließen, ist die Behauptung unerheblich, da die Unterlassung des Abschlusses eines derartigen Vertrages aus den bereits angeführten Gründen der Beklagten nicht zum Verschulden angerechnet werden kann. Insofern Kläger aber behaupten will, daß nach den allgemeinen Versicherungsbedingungen anderer Versicherungsgesellschaften die Angorawolle in Ballen ohne die Klausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" hätte versichert werden können, ist

sein Vorbringen, was den namhaft gemachten rheinisch-westfälischen Lloyd in M.-Gladbach betrifft, unrichtig, im übrigen aber unbeachtlich als weder durch Nennung der betreffenden Gesellschaften begründet, noch unter Beweis gestellt. Was die genannte Versicherungsgesellschaft in M.-Gladbach betrifft, so führen die zu den Akten gebrachten allgemeinen Bedingungen derselben in wörtlicher Übereinstimmung mit den allgemeinen Bedingungen der Vaterländischen Transportversicherungs-Aktiengesellschaft in Elberfeld Haare ausgenommen Pferdehaare in Art. 24 unter den Gütern an, für welche die Versicherung nur „frei von Beschädigung bezw. Bruch außer im Strandungsfalle" gilt. Die sonstigen Versicherungsgesellschaften anlangend, mag bemerkt werden, daß nicht allein nach den zu den Akten gebrachten allgemeinen Versicherungsbedingungen binnenländischer Versicherungsgesellschaften, sondern auch nach §. 105 der Hamburger Allgemeinen Versicherungsbedingungen von 1867 in Verbindung mit dem für Güterversicherungen bestimmten Policenformular, sowie nach §. 17 der Versicherungsbedingungen der bremischen Seeversicherungsgesellschaften von 1875 Angorawolle in Ballen zu den Gütern gehört, welche in Ermangelung einer besonderen Bestimmung der Police als mit der Klausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfall" versichert gelten. Es liegt demnach keine Veranlassung vor, zu erörtern, ob der Beklagten dann ein Verschulden zur Last zu legen sein würde, wenn sie imstande gewesen wäre, die Versicherung bei einer anderen Versicherungsgesellschaft zu nehmen, deren allgemeine Bedingungen die Versichernng der in Rede stehenden Ware ohne die Klausel „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" gestatteten. Einen Fall der letzteren Art betrifft das bei Arnould, On the law of marine insurance, 5 édit., Vol. 1 p. 177 mitgeteilte, auch bei Benecke-Nolte, System des Seeassekuranz- und Bodmereiwesens Bd. 1 S. 182 erwähnte englische Erkenntnis, welches sogar in diesem Falle den Beauftragten nur im Falle der Arglist und des groben Verschuldens für schadensersatzpflichtig erklärt.

Da mithin nicht erhellt, daß Beklagte hinsichtlich der ihr aufgetragenen Versicherung die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anzuwenden unterlassen habe, so stellt sich die erhobene Schadensersatzklage als unbegründet dar."

32. Steht mangels einer Einschränkung durch das Statut der Generalversammlung das Recht zu, die im Statute festgesetzte Zeitdauer der Aktiengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß wirksam zu verlängern?

I. Civilsenat. Urt. v. 1. Oktober 1881 i. S. P. (Kl.) w. Aktiengesellschaft Lichtenfelder Bauverein (Bekl.). Rep. I. 575/81.

I. Landgericht I Berlin, Kammer für Handelssachen.
II. Kammergericht daselbst.

Die Zeitdauer der beklagten Aktiengesellschaft war in deren Statute auf einen bestimmten Zeitraum festgesetzt. Noch vor Ablaufe desselben beschloß eine Generalversammlung der Aktionäre die Änderung der betreffenden Bestimmung des Statutes dahin, daß die Zeitdauer des Unternehmens nicht auf bestimmte Zeit beschränkt sein solle.

Kläger als Aktionär erhob gegen die Gesellschaft Klage auf Anerkennung der Ungültigkeit dieses Beschlusses, wurde aber in den Vorinstanzen abgewiesen und seine Revision ist vom Reichsgerichte verworfen.

Gründe:

„Daß bei der Aktiengesellschaft des deutschen Handelsgesetzbuches auch die Änderung des einmal errichteten und eingetragenen Gesellschaftsvertrages selbst nicht außerhalb der Gesellschaftsangelegenheiten liegt, über welche die Gesamtheit der Aktionäre durch Beschluß in der Generalversammlung verfügungsberechtigt ist, folgt aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches selbst, wenn man bei ihrer Auslegung, wie bei einer Gesetzesauslegung geboten, statt von einer in einem bestimmten Sinne gezogenen rein begrifflichen Konsequenz aus im Gesetze deren Verwerfung mit ganz ausdrücklichen Worten zu suchen, diejenige Auffassung in Berücksichtigung zieht, welche in Bezug auf den Umfang der Autonomie der von bestimmten Personen der Beteiligten absehenden, auf jeweilige Mitgliedschaft basierten, zur Bethätigung gemeinsamer Willensakte organisierten Vereinigungen zur Zeit der Errichtung des H.G.B.'s nach wiederkehrenden ausdrücklichen Vereinbarungen, Gewohnheit, positiven Gesetzen und Gesetzentwürfen im Vordergrunde stand. Für die Privatkorporationen des gemeinen Rechtes ist die Autonomie der Korporations-

schlüsse auch für Verfassungsänderungen als zum mindesten überwiegend in Übung bezeugt.

Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 1 §. 53 Nr. II S. 350 (2. Aufl. S. 423); Reyscher, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 16 S. 179 flg.

Nach dem preußischen A.L.R. II. 6. §§. 11. 13. 14. 29. 30. 31. 51 flg. gehörten auch für die sogenannten „erlaubten Gesellschaften mit den inneren Rechten der Korporationen" nichtfundamentale Veränderungen der Verfassung zur Zuständigkeit von Gesellschaftsbeschlüssen. Danach kann für das preußische Aktiengesetz vom 9. November 1843, welches in §. 8 die Aktiengesellschaften ausdrücklich für juristische Personen erklärte, kein Bedenken obwalten, daß unter der Veränderung oder Verlängerung des Gesellschaftsvertrages, welche der landesherrlichen Genehmigung bedürfen sollte, im §. 4 im Hinblicke auf §. 2 Nr. 7 und 8 — die Analogie mit Artt. 214 und 209 Nr. 10 und 11 H.G.B. ist unverkennbar — eine als zur Zuständigkeit der Gesellschaft gehörig erachtete Veränderung zu verstehen ist. Auf dem gleichen Standpunkte prinzipieller Zuständigkeit der Aktiengesellschaft, bezw. der Generalversammlung für Veränderungen der Verfassung, stehen nach den ausdrücklichen Erklärungen in den Motiven sowohl der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg, Art. 256. 266. 271, Motive S. 225, wie insbesondere der preußische Entwurf zum H.G.B. Artt. 180. 144, Motive S. 90 und 93. Beide Entwürfe beanspruchen für ihren Gesetzestext das Verständnis, daß, wo in denselben Verfassungsänderungen behandelt und für deren Beschließung keine besonderen Erfordernisse aufgestellt waren, die Änderungen als zur Zuständigkeit der Gesellschaft mittels der vereinsgemäßen Beschlußfassung in Gesellschaftsangelegenheiten überhaupt gehörig zu erachten seien. Beide erachteten bei dem aus der Gesamtheit ihrer Dispositionen sich ergebenden Sinne das ausdrückliche Aussprechen dieses Satzes für entbehrlich. Unberücksichtigt darf nicht bleiben, daß sowohl gedachte Entwürfe wie das Handelsgesetzbuch selbst die staatliche Genehmigung der Errichtung wie der Vertragsabänderung als Regel voraussetzten, sodaß mit Rücksicht auf diesen Schutz berechtigter Minderheitsinteressen kein Bedenken vorlag, die Unterordnung des einzelnen unter die Gesamtheit auch im Sinne gewollter Ermächtigung an diese, den Verein zu der sich im Laufe der Zeit als angemessener herausstellenden Organisation aus-

oder umgestalten zu lassen, aufzufassen. In den Motiven zum preußischen Entwurfe S. 93 ist dieser Gesichtspunkt ausdrücklich ausgesprochen.

Das Handelsgesetzbuch, dessen hier in Betracht kommender Gesetzestext in Anordnung wie Wortinhalt keine irgendwie erhebliche Abweichung von dem preußischen Entwurfe zu Gunsten einer veränderten Auffassung aufweist, kennt gemäß Art. 209 Nr. 10 und 11 und Art. 224 als Regel überhaupt keine anderen Willensbethätigungen der Aktionäre in Gesellschaftsangelegenheiten als mittels Beschlusses in der Generalversammlung als des Ergebnisses einfacher oder qualifizierter Stimmenmehrheit. Daß aber von solcher Willensbethätigung auch Änderungen des Gesellschaftsvertrages nicht ausgeschlossen sein sollten, ergiebt mittels des stärksten argumentum e contrario der Art. 215 Abs. 1 und 2. Noch evidenter hob sich diese Wirkung des Art. 215 im preußischen Entwurfe ab, wo die betreffende Bestimmung als Art. 180 unter einem ersten Abschnitte „allgemeine Grundsätze" vor einem Abschnitte „die Errichtung der Aktiengesellschaft" und den darin erst enthaltenen Bestimmungen der jetzigen Artt. 209 flg. über Errichtung und Organisation stand. Hier wurden also zunächst diejenigen Vertragsänderungen eximiert, auf welche sich die Wirksamkeit der gesellschaftlichen Organisation nicht zu erstrecken habe, und sodann erst diese Organisation ohne Einschränkungen normiert. Eine Interpretation des Art. 215 im Sinne der Unterstellung, das Gesetz setze einen allgemeinen Vorbehalt der Statutenänderung als im Statute vorgesehen voraus, widerspricht aufs klarste den Motiven zum preußischen Entwurfe S. 90. Diese Motive hat die Nürnberger Kommission nicht beanstandet, den jetzigen Art. 215, §. 180 des Entwurfes, vielmehr ohne jede materielle Erinnerung angenommen (Prot. S. 314).

Als Bestärkung der Richtigkeit des Argumentes aus Art. 215 stellt es sich ferner dar, daß in den Artt. 214 und 248, sowie mittelbar auch in Art. 240 Abänderungen des Gesellschaftsvertrages als Gegenstand des Beschlusses der Generalversammlung bezeichnet, bezw. vorausgesetzt sind. Überall hier als vom Gesetze vorausgesetzt unterstellen zu wollen, daß auch das Statut der Generalversammlung die Abänderungsbefugnis übertragen habe, erscheint willkürlich, steht bei Art. 248 mit dem Gesetzestexte, bei Art. 240 mit der Gesetzestendenz in offenbarem Widerspruche und wird für Art. 214 durch die Motive zum entsprechenden Art. 184 des Entwurfes widerlegt.

Nun ist allerdings dem Art. 215 nicht die Bedeutung beizumessen, daß danach für alle Aktiengesellschaften mangels ausdrücklicher Einschränkung im Statute jede Veränderung des Gesellschaftsvertrages bis auf Gegenstandsänderung und Fusion durch Beschluß der Generalversammlung für unbedingt zulässig erklärt wäre. Aber aus der ausschließlichen Hervorhebung dieser beiden Fälle durch das Gesetz ist zu folgern, daß damit die abstrakt wesentlichen erschöpft sind und die Änderung anderer Vertragselemente, insbesondere solcher, die der Gesetzgeber als konstitutive vor sich hatte — wie nach Artt. 209 und 242 Nr. 1 die Zeitdauer — und doch nicht (entsprechend Art. 215) eximierte, nicht ohne weiteres, sondern nur unter dem Gesichtspunkte individueller Wesentlichkeit jenen Fällen gleichstellbar ist. Was speziell die Zeitdauer anlangt, so sprach der württembergische Entwurf im Art. 266 ausdrücklich aus, daß die Gesellschaft ihre Verlängerung gültig beschließen könne, und verlangte nur hierfür eine bestimmte qualifizierte Stimmenmehrheit. Das Handelsgesetzbuch hat sich jeder eigenen Stimmrechtsqualifizierung, wenn man von dem Gegensatze zur Stimmenmehrheit in Art. 215 Abs. 1 und der darüber herrschenden Kontroverse absieht, enthalten. Aber seine positive Entscheidung im Sinne der Zuständigkeit der Generalversammlung für Verlängerungen ist aus Art. 214 zu entnehmen. Dort ist die Fortsetzung der Gesellschaft als Gegenstand der Beschlußfassung der Generalversammlung gesetzt. Die Generalversammlung ist aber begrifflich Gesamtheitsorgan zur Äußerung eines Willensaktes der Gesamtheit durch auf Stimmgebung beruhenden Beschluß und steht im Gegensatze zur Bethätigung von Einzelwillen seitens der einzelnen. Eine Argumentation, daß, weil in Art. 214 neben der Fortsetzung noch schlechthin von „Abänderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages" und nicht von *sonstiger* Abänderung die Rede ist, man unter der Fortsetzung die im Statute schon zugelassene, aber doch immer noch eines Beschlusses bedürftige zu verstehen habe, könnte für zutreffend nicht erachtet werden. Subtil genommen, liegt Veränderung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auch dann vor, wenn die Veränderung im Gesellschaftsvertrage als von der Generalversammlung beschließbar schon vorbehalten war. Der aktuelle Rechtszustand wird immerhin geändert, auch wenn es auf Grund einer der Generalversammlung zustehenden Befugnis geschieht. Geht man aber einmal von der strengsten Unterscheidung ab, so kann man auch von

der Auffassung aus, daß, sofern die Verlängerung im Statute nicht ausgeschlossen ist, sie die Wirksamkeit der Grundverfassung nur erstreckt, sich aber mit deren Inhalte nicht in Widerspruch setzt, dazu gelangen, von der Fortsetzung neben der Änderung des Statutes zu sprechen. Auf dieser Auffassung beruht die entsprechende Ausdrucksweise im §. 4 des preußischen Aktiengesetzes vom 9. November 1843 — „Veränderung oder Verlängerung des Gesellschaftsvertrages". — Der Entwurf zum Handelsgesetzbuche hatte noch deshalb Veranlassung, besonders von der Fortsetzung zu sprechen, weil er die Festsetzung einer bestimmten Zeitdauer für erforderlich erachtete (vgl. Art. 182 Nr. 3).

Diese Auffassung der Artt. 214. 215 in Bezug auf die Zeitdauer wird dadurch bestärkt, daß, wenn man die Frage ihrer präsumtiven Wesentlichkeit faktisch dahinstellt, ob man sie im Zweifel als im Interesse der Gesellschaft und der Gesamtheit in der Absicht normiert erachten will, daß einmal eine, abgesehen von etwaiger Beseitigung durch Statutenänderung, bestimmte Zeit für Ausbreitung des Unternehmens gegeben ist, andererseits die Gesamtheit in die Lage kommen soll, unter Berücksichtigung der dereinstigen, jetzt noch gar nicht absehbaren Verhältnisse gegen Ende jener Zeit sich über etwaige Fortsetzung schlüssig zu machen, oder ob man sie als im Interesse des einzelnen zwecks Realisierung seiner Aktie in jenem Zeitpunkte durch Liquidation normiert ansehen will, mangels individueller Besonderheiten das erstere das Natürlichere ist. In der Regel ist die Dauer für einen längeren Zeitraum normiert. Die Verhältnisse bei Ablauf dieses Zeitraumes für das Unternehmen, für den Vorteil oder Nachteil alsdann stattfindender Liquidation sind zur Zeit der Normierung in der Regel noch nicht absehbar. Der Einwand, gerade deshalb habe sich der einzelne das Recht eigener Entschließung für jenen Zeitpunkt wahren wollen, trifft nicht zu, denn, soll dabei die Wahlmöglichkeit der Fortsetzung des Unternehmens mit ins Auge gefaßt sein, so wird sie durch das gleiche freie Weigerungsrecht jedes Mitaktionärs aufgehoben. Sie kann nur bei einem Vertrauen auf den vernünftigen Sinn der Mehrheit Befriedigung finden.

Der Satz, der Kontrahent habe sich nicht für länger gebunden, ist rechtlich wie thatsächlich unzutreffend. Die Aktiengesellschaft entsteht zwar auf Grund der Vereinigung von ersten Gründungskontrahenten. Aber einmal entstanden, beruht ihr Wesen nicht in einer Fortsetzung

der Vereinigung von Personen in ihrer Eigenschaft als erster Gründungskontrahenten oder Rechtsnachfolger derselben. Es kann auch von einer Verpflichtung auf Zeit nicht gesprochen werden. Die Einlage ist endgültig und ohne Zeitbeschränkung einem Vereine unterstellt, zu dessen Verfassung die bestimmte Zeitdauer gehört, und es ist nach dem dabei gewollten Verhältnis der Mitglieder als einzelner zur Gesamtheit zu entscheiden, ob die Zeit im Sinne eines Rechtes des einzelnen gesetzt ist, zu derselben auf Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld behufs Realisierung seines Anteiles bestehen zu dürfen. Daß der Aktionär nach dem Gesetze einen verhältnismäßigen Anteil am Gesellschaftsvermögen nach der Auflösung, bezw. ein Recht auf Liquidation hat, erscheint für die Entscheidung der Zulässigkeit des Verlängerungsbeschlusses ohne Belang. Daraus, daß für den Fall der Auflösung bestimmte Rechte dem Aktionär erworbene sind, folgt noch nichts dafür, daß durch die Zeitbestimmung für die Auflösung ihm auch ein Recht auf diese Zeit erworben sei.

Da es Kläger an jeder Darlegung der besonderen Verhältnisse der beklagten Gesellschaft hat fehlen lassen, ist irgend welcher Anhalt für die individuelle Wesentlichkeit der Zeitdauer, sei es wegen ihrer nahen Beziehung zum Zweck, sei es wegen vorhandener Anzeichen für Festsetzung der Zeit im Sinne eines Einzelrechtes, im vorliegenden Falle nicht vorhanden. Das Urteil des Berufungsgerichtes ist daher durchaus begründet. Aus demselben ist nicht zu entnehmen, daß das Gericht eine individuelle Wesentlichkeit der Zeitdauer lediglich für den Fall der dadurch bewirkten Veränderung des Gegenstandes des Unternehmens habe anerkennen wollen. Es kommt aber mangels jeder Darlegung der individuellen Verhältnisse auf gedachte Auffassung gar nicht an."

---

33. Anwendung des Art. 14 des Münzgesetzes vom 9. Juli 1873 auf Zahlungen, welche ein Ausländer in Deutschland in deutscher Silberwährung zu leisten vor Einführung der Reichsgoldwährung versprochen hat.

I. Civilsenat. Urt. v. 1. März 1882 i. S. Kaiser Ferdinand Nordbahn (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 676/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

. . . „Die Gesichtspunkte, aus welchen in den Vorentscheidungen des R.O.H.G.'s — Entsch. Bd. 23 Nr. 72 S. 203 flg. und Bd. 25 Nr. 11 S. 41 flg. — sowie des Reichsgerichtes — Entsch. in Civils. Bd. 1 Nr. 12 S. 23 — die Verurteilung der österreichischen Emittentinnen zur Zahlung in Gold entsprechend der Umrechnungsnorm des deutschen Münzgesetzes vom 9. Juli 1873 für gerechtfertigt erachtet ist, erscheinen auch durch diejenigen Ausführungen, welche die Revisionsklägerin neuerdings geltend gemacht, bezw. sich angeeignet hat,[1] nicht mit Erfolg bekämpft.

Zunächst ist mit den Instanzrichtern in Auslegung der Schuldverschreibungen und Coupontexte der hier in Betracht kommenden Emissionen davon auszugehen, daß die Beklagte die Angabe des Betrages der zu zahlenden Zinssummen in Vereinsthalern durchaus nicht bloß zur Vergleichung und Information darüber, daß nach Gehalt und damaligem Umlaufswerte die betreffende Anzahl österreichischer Silbergulden der betreffenden Zahl Vereinsthaler gleich seien oder gleich erachtet würden, sondern in dem erkennbaren Willen gemacht hat, nach Wahl des Couponinhabers festbestimmte Summen der Währung des Thalerwährungsgebietes, und zwar nicht in Österreich mit nur zusätzlicher Übersendungspflicht auf ihre Gefahr und Kosten an den Gläubiger nach dem Hauptplatze des Thalerwährungsgebietes, sondern an diesem Hauptplatze mittels dort errichteter Zahlstellen zu zahlen. Durch Einführung des Münzgesetzes vom 9. Juli 1873 ist für das bisherige Thalerwährungsgebiet an Stelle der Silberwährung die Goldwährung getreten und das Thalerstück zu einer Anweisung auf Goldmünze geworden. Danach ist die Tilgung der auf Währung des Thalerwährungsgebietes kontrahierten Schuld durch Zahlung mit Silberwährung unmöglich. Eine Verpflichtung zur Zahlung in Gold nach der Wertrelation von Gold zu Silber wie $15^1/_2$ zu 1 erachtet die Beklagte nur dann als für sich vorhanden, wenn sie der von dieser Relation ausgehenden Umrechnungsnorm des Art. 14 des Münzgesetzes als einem auch sie in Bezug auf die fraglichen Emissionen bindenden

[1] Sie nahm auf Bekker, über die Couponsprozesse ꝛc (Weimar 1881) Bezug. D. E.

Gesetze unterworfen wäre. Schon diese Auffassung erscheint unbegründet.

Erachtet man die Schuld, soweit sie auf Zahlung im hiesigen Währungsgebiete in hiesiger Währung kontrahiert ist, als nicht schlechthin auf hiesige Währung, sondern auf hiesige Silberwährung kontrahiert, so würde eine Aufgabe gedachter Währungsbasis, wenn sie als von solcher Leistung befreiende Unmöglichkeit der Erfüllung zu erachten wäre, nach den in dieser Beziehung vom gemeinen Recht abweichenden Bestimmungen sowohl des österreichischen bürgerl. Gesetzbuches — §. 907 — wie des preußischen Rechtes — A.L.R. I. 11. §. 33 — wegen der vereitelten Wahl des Gläubigers diesem das Recht der Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses gewähren. Allein bei einer Geldschuld kann eine den Schuldner befreiende Unmöglichkeit der Erfüllung nicht eintreten. Auch wenn die versprochene Geldleistung in Bezug auf die Geldstücke besonders qualifiziert ist, bleibt doch der Geldwert der Leistung der Gegenstand der Obligation, sodaß, wenn auch die Zahlung mit den besonders qualifizierten Geldstücken unmöglich werden kann, immer doch der Geldwert des qualifiziert geschuldeten geleistet werden muß. Was in dieser Beziehung von einem Geldversprechen gilt, welches der alleinige, ausschließliche Gegenstand einer Geldobligation ist, muß auch von demjenigen gelten, welches nur eine Alternative einer auf Wahl des Gläubigers gestellten, mehrere Alternativen umfassenden Geldobligation darstellt. Soll daher die Beklagte dem deutschen Münzgesetze vom 9. Juli 1873 nicht unterworfen sein, so würde sie in Bezug auf die gedachte Alternative denjenigen Wirkungen unterworfen sein, welche eine thatsächliche Änderung der Währungsbasis durch Übergang von Silberwährung zur Goldwährung ohne Festsetzung einer Umrechnungsnorm nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf die gedachte Geldschuld ausübt. Die Beklagte bestreitet dies nach den Ausführungen, welche in der Revisionsinstanz in Bezug genommen sind, nicht, aber sie meint, sie brauche danach nur die in den versprochenen Thalern nach deren gesetzlichem Feingehalt enthaltene Silbermenge, umgesetzt in Goldwährung nach der jedesmaligen Wertsrelation von Silber zu Gold zur Zeit der Fälligkeit des einzelnen Zinscoupons, zu gewähren, d. i. den jedesmaligen Preis der Silbermenge als Ware in Gold. Aber sie hat nicht eine Silbermenge, nicht für jede 45 Gulden österreichischer Währung ein Zollpfund Silber, sondern 30 Thaler deutsches Währungs-

geld versprochen, also, zunächst einmal zugegeben, Silberwährung, doch auch und hauptsächlich Silberwährung. Nicht eine bestimmte Menge Edelmetall, sondern ausgeprägte Münzen mit einer bestimmten, vom Staat festgesetzten Zahlungskraft sind versprochen. So lange das Silber Währung blieb, erhielt der Gläubiger durch das Silber, was ihm zukam, wenn auch der Silberpreis heruntergegangen sein mochte. Indem sich aber die Beklagte, nachdem das gedachte Edelmetall seiner Qualität als Währung im Inlande entkleidet ist, mit jedesmaliger Hingabe gedachter Edelmetallmenge lösen will, bietet sie in Wahrheit statt hiesigen Landesgeldes etwas, was hier nur Ware ist und für das eine Wertsverringerung in der Regel schon gerade aus seiner Aufgabe als Währung innerhalb eines großen Währungsgebietes und Ersetzung durch Gold entspringt. Das Angebot der Umsetzung in Währungsgold nach dem jedesmaligen Wertsverhältnisse von Silber zu Gold ist dabei, wenn man von den ersparten Prägungskosten absieht, etwas für den wahren Charakter der gebotenen Leistung ganz unwesentliches und erregt nur den Anschein, als werde in Wahrheit, weil doch Währung geboten werde, das versprochene oder ihm völlig gleichartiges geboten. In der That wird auch die Lösung, nach welcher bei einem Währungswechsel ohne Aufstellung einer Umrechnungsnorm durch den Münzherrn die Relation zwischen Silber und Gold zur Zeit der Fälligkeit der betreffenden Schuld entschiede, allseitig perhorresziert. Ihre abnormen Wirkungen sowohl für den Schuldverkehr des betreffenden Landes im allgemeinen wie insbesondere für ein verzinsliches Anlehen auf lange Dauer, bei dem es dem Gläubiger auf einen festen Zinsgenuß ankommt, liegen auf der Hand. Die herrschende, ja man darf wohl sagen, im wesentlichen einmütige Meinung erachtet die Wertsrelation zwischen Silber und Gold im freien Verkehr zur Zeit des Währungswechsels entscheidend.

Vgl. Knies, das Geld S. 329 flg. 341; Goldschmidt in der Zeitschr. für Handelsr. Bd. 19 S. 327; s. a. dessen Lehrbuch des Handelsrechts S. 1175, auch 1174; Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes S. 83; Windscheid, Pandekten 5. Aufl. Bd. 2 §. 250 S. 31 Note 31.

Übergang von Silber- zur Goldwährung vorausgesetzt, ist Gold nicht zu geben, weil und insoweit man solches für die Silbermenge, die ehedem das betreffende Quantum Währungsgeld darstellte, anschaffen,

bezw. für solches die Silbermenge anschaffen kann, sondern, weil Währungsgeld versprochen, Gold Währungsgeld geworden und daher insoweit zu geben ist, als es an Stelle des Silbers Währungsgeld geworden ist. Ist aber diese Auffassung die richtige, und war das der Umrechnungsnorm des deutschen Münzgesetzes zu Grunde gelegte Relationsverhältnis von $15^1/_2 : 1$ das zur Zeit des Währungswechsels in Wahrheit nach bestem möglichen Erkennen zutreffende, was Beklagte gar nicht bestreitet, so erscheint die Beklagte zur Zahlung in Gold entsprechend dieser Relation verpflichtet, auch wenn sie der Umrechnungsnorm des Münzgesetzes als einem positiven Gesetzgebungsakte des deutschen Münzherrn nicht unterworfen wäre. Nun mag freilich der letzte innere Grund für die gedachte Maßgeblichkeit des Zeitpunktes des Währungswechsels darin beruhen, daß bei einer Geldschuld in Landeswährung trotz Angabe der Münzen in Wahrheit lediglich dasjenige Quantum Währungsgeld für versprochen zu erachten ist, welches zur Zeit durch die betreffende Anzahl Münzen dargestellt wurde, sodaß der rechtliche Inhalt des Versprechens, wenn auch zur Zeit desselben die Währung in Silber bestand, nicht sowohl auf Silberwährung, als überhaupt auf Währung gerichtet ist. Aber dieser Grund versagt auch bei den Emissionen der Beklagten nicht, denn während sich die Hervorhebung der Währung als Silberwährung allein bei Angabe des Betrages in österreichischem Gelde, und zwar dort in der Absicht, die Zahlbarkeit in Papierwährung auszuschließen, findet, ist bei den anderen Währungen eine Hinzufügung, welche irgendwie zum klaren Ausdrucke brächte, daß nur in Silber zurückzuzahlen wäre, nicht gemacht. Gedachter Grund möchte versagen, wenn das Versprechen der Beklagten auf Zahlung von Vereinsthalern, zu leisten in Wien, erfolgt wäre (vgl. Hasenöhrl, österr. Obligationenrecht Bd. 1 S. 243 Note 39 und S. 235). Allein es ist Zahlung in Thalerwährung im Thalerwährungsgebiete versprochen. Es erscheint unzutreffend, die rechtlichen Wirkungen, welche einem Versprechen der Zahlung in Vereinsthalern und im Gebiete der Thalerwährung an sich zukommen, von den unterstellten Motiven bloßer Normierung eines festen Kurses an Stelle eines schwankenden und Vermeidung der Sendung der Coupons zur Einlösung nach Wien herabzumindern. Zudem muß die Beschränkung auf diese Motive bestritten werden. Einer erfolgreichen Bewerbung um deutsches Kapital stand auf seiten dieses Kapitals insbesondere ein

Mißtrauen gegen die österreichische Währungsgesetzgebung entgegen. Es war in den deutschen Währungsgebieten ausreichend bekannt, daß in Österreich uneinlösliche Staatsnoten Zwangskurs hatten und das alleinige allgemeine Zahlungsmittel bildeten. Die Befürchtung lag daher nicht ganz fern, es möchten für die Rückzahlung von Anlehen in Österreich, auch wenn sie ausdrücklich in Silber oder in ausländischer Währung versprochen, doch unter Umständen solche Noten von der dortigen Gesetzgebung zum gesetzlichen Zwangsmittel zu einem Zwangskurs erklärt werden. (Vgl. über die österreichische Währungsgesetzgebung Hasenöhrl a. a. O. S. 223 flg.) Von Belang war es daher, im Publikum den Eindruck hervorzurufen, daß ein nach Wahl des Gläubigers auswärts domiziliertes Papier geschaffen sei, welches damit der Möglichkeit rechtlicher Herrschaft der österreichischen Währungsgesetzgebung entzogen sei. Daß für die Beklagte als Ausländerin nicht diejenigen Ausgleichungen eintreten, die beim Währungswechsel im Inlande für den Inländer dadurch eintreten, daß er auch die ihm als Gläubiger gebührenden Zahlungen in der neuen Währung erhält, kann kein rechtliches Moment gegen die Anwendung der an sich zutreffenden Grundsätze abgeben. Den Mangel der Voraussicht dieser Konsequenzen hat die Beklagte zu tragen, welche bei den zur Zeit der fraglichen Emissionen bereits in Deutschland stark hervorgetretenen Tendenzen zum Übergange zur Goldwährung (vgl. Soetbeer, deutsche Münzverfassung S. 8 flg.) ausreichende Veranlassung hatte, solche Eventualität für ihre behufs der Tilgung einen sich beträchtlich in das nächste Jahrhundert hinein erstreckenden Zeitraum in Anspruch nehmenden Anleihen in Berechnung zu ziehen.

Es muß aber auch dabei verblieben werden, daß die Beklagte für die gedachten Emissionen dem Art. 14 des deutschen Münzgesetzes als einer Rechtsnorm des maßgebenden Erfüllungsortsrechtes in Bezug auf die Art der Erfüllung unterworfen ist. Mangels eines geschriebenen Gesetzes über die Lösung der Kollision bei in Frage stehenden verschiedenen örtlichen Rechten und mangels der Möglichkeit, mittels logischer Folgerungen aus einem abstrakten Rechtsanwendungsprinzipe zu einem Ergebnisse zu gelangen, bleibt nur übrig, soweit nicht ein zwingendes Gesetz am Orte des urteilenden Richters die Anwendung eines bestimmten Rechtes erheischt, zunächst mittels freiester Interpretation unter Ergänzung eines mangelhaften Parteiwillens im Sinne

des vernünftigen und billigen einen auf das Recht eines bestimmten Territoriums gerichteten Unterwerfungswillen zu ermitteln und beim Mangel erschöpfender konkreter Anhaltspunkte hierfür auf Grund objektiver Kriterien in betreff des in einer Obligation vorwiegend bedeutsamen das Territorium für maßgebend zu erachten, in welchem die Obligation ihre wesentliche Wirkung äußert. Ob man in diesem letzten Falle noch auf einen stillschweigenden oder präsumtiven Unterwerfungswillen zu rekurrieren oder eine objektive aus der Natur der Sache sich ergebende Rechtsnorm anzunehmen hat, kann hier dahingestellt bleiben. Ebenso kann hier dahingestellt bleiben, ob der Erfüllung als dem Zwecke der Obligation vorwiegende Bedeutsamkeit in dem Umfange mit Recht beizumessen ist, welchen ihr von Savigny (System Bd. 8 S. 208) für das auf die Obligation anzuwendende Ortsrecht zuerkennt. In Deutschland stehen Gesetzgebung, Doktrin und Praxis immer noch weit überwiegend auf dem Standpunkte der subsidiären Maßgeblichkeit des Erfüllungsortsrechtes überhaupt.

Vgl. §. 11 des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen; §§. 1. 2 der bayerischen Verordnung vom 11. Juni 1816 (Roth, bayerisches Civilrecht Bd. 1 S. 142 Note 68); Unger, österreichisches Privatrecht Bd. 1 S. 179. 180; Gerber, deutsches Privatrecht §. 32; Koch, Kommentar zum preußischen Allgemeinen Landrecht Bd. 1 Einleitung §. 33 Note 44; Förster, preußisches Privatrecht Bd. 1 §. 21 S. 57; Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. 1 §. 28 S. 52; Roth, System des deutschen Rechts Bd. 1 §. 51 S. 297; Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 136 (Oberappellationsgericht Berlin), Bd. 8 Nr. 3, Bd. 15 Nr. 183, Bd. 24 Nr. 268 (Lübeck), Bd. 19 Nr. 5, Bd. 24 Nr. 185 (Rostock), Bd. 21 Nr. 2 (Wolfenbüttel).

Aber auch wenn man der Erfüllung die ausschließliche oder überwiegende Bedeutsamkeit für die Obligation versagt, weil die ökonomische Basis mehr in dem Schuldbestande und der Behaftung des Schuldners mit der Verpflichtung beruhe, so läßt sich doch die Bedeutsamkeit der Erfüllung in einer ganzen Reihe von Beziehungen nicht leugnen.

In der außerdeutschen Doktrin, betreffend das internationale Privatrecht, wird daher, obwohl dem Erfüllungsortsrechte überwiegend eine beherrschende Geltung nicht beigemessen wird, zwischen Inhalt und Umfang der Obligation im allgemeinen einerseits und andererseits

allem, was deren Ausführung betrifft, geschieden und für letzteres, worunter die Formen für Lieferung und Zahlung, das Maß, die Münze, die Quittungsverbindlichkeit, der Vorzug und seine Wirkungen begriffen werden, das Erfüllungsortsrecht als maßgebend erachtet.

Vgl. Fiore, droit international privé, traduit par Pradier-Fodéré S. 403 ff. 425. 443 und dortige Citate; Asser, das internationale Privatrecht, bearbeitet von Cohn, S. 41; Wheaton, treatise of the conflict of laws 1872 §. 401 No. p.; Foote, foreign and domestic law 1878 S. 339. 369.

Die Wirksamkeit des Erfüllungsortsrechtes jedenfalls in diesem beschränkteren Umfange ergiebt sich auch aus dem preußischen A.L.R. I. 5. §§. 256. 257, vgl. österr. bürgerl. Gesetzbuch §. 905 und den Artt. 327. 336. 352. 353 H.G.B. Ist davon auszugehen, daß die Kontrahenten in Bezug auf die nicht ausdrücklich festgesetzten wesentlichen Modalitäten der Erfüllung die thatsächlichen Verhältnisse des Erfüllungsortes vor Augen haben, so ist es ebenso angezeigt, daß sie in Bezug auf dieselben auch das Recht des Erfüllungsortes vor Augen haben. Nach all diesem erscheint es gerechtfertigt, das Erfüllungsortsrecht für die Ausführung der Erfüllung und ihre Art jedenfalls dann für maßgeblich zu erachten, wenn, wie hier, der Erfüllungsort gerade in Rücksicht auf die an demselben herrschenden Verhältnisse und speziell, um dem Gläubiger einen ökonomischen Wert von einer bestimmten Geltung an diesem Orte zu gewähren, bestimmt, bezw. zur Wahl gestellt ist (vgl. Windscheid a. a. O. Bd. 1 S. 88; Dernburg, preuß. Privatrecht 3. Aufl. Bd. 2 S. 75 Note 10; Mommsen im Archiv für civilistische Praxis Bd. 61 S. 176). Die Bestreitung der Anwendbarkeit des inländischen Erfüllungsortsrechtes auf den Ausländer mangels seines Unterwerfungswillens, sofern nicht der inländische Staat irgend welche zwingende Gewalt über den Ausländer hat, setzt zunächst, um überhaupt beachtet werden zu können, voraus, daß nicht eben in der Wahl des bestimmten Erfüllungsortes die Bekundung des Unterwerfungswillens liege, daß es also das Gebiet der Willensinterpretation überschreite, dasjenige, was vernünftige und billige Leute bei solcher Wahl meist wollten, auch im speziellen Falle als gewollt anzunehmen, sofern ein anderer Wille nicht erkennbar wäre. Aber auch abgesehen hiervon entbehrt die Aufstellung des Erfordernisses einer zwingenden Gewalt über den Ausländer für die Geltung des in-

ländischen Erfüllungsortsrechtes mit den Wirkungen der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des betreffenden Rechtes, je nachdem sich im Inlande Vermögen des Schuldners findet und festgehalten werden kann oder nicht, insbesondere unter einer Gesetzgebung, welche den Gerichtsstand des Erfüllungsortes ohne Einschränkung anerkennt, des Anhalts. Ebensowenig ist zuzugeben, daß nur für jede einzelne in Betracht kommende Rechtswirkung das maßgebende örtliche Recht unter dem Gesichtspunkte der Äquität der Anwendung des dem einen oder anderen Rechte angehörigen Rechtssatzes zu bestimmen wäre. Dies liefe darauf hinaus, jede einzelne Rechtswirkung, wenn sie in Frage kommt, davon abhängig zu machen, ob sie wirklich gewollt ist, oder doch, wenn vorhergesehen, vermutlich gewollt worden wäre. Beim Rechtsgeschäfte wird aber nicht eine Summe von Rechtswirkungen zum Willensinhalt gemacht, sondern es besteht dasselbe in einer Handlung, deren Wirkungen durch die objektive Rechtsordnung — mögen es auch im Hinblicke auf scheidbare Wirkungsrichtungen mehrere objektive Rechtsordnungen sein — bestimmt werden.

Bei der Anwendung des inländischen Rechtes auf den Ausländer, entsprechend den gedachten Grundsätzen, ist allerdings einer Ausgleichung vom Standpunkte der Aquität nicht jede Berechtigung zu versagen, insbesondere wenn es sich um die Anwendung einer erst nach Eingehung der Obligation entstandenen Rechtsnorm des Inlandes handelt. Allein solche Äquität erscheint noch nicht dadurch verletzt, daß die Währungsänderung und die Aufstellung einer festen Umrechnungsnorm auf einem sich auf die eigenen Staatsgrenzen beschränkenden Interesse beruht. Dies wird in betreff jeder positiven Rechtsordnung eines Staates zutreffen. Um eine Korrektur der allgemeinen Grundsätze im Sinne einer rechtlich beachtlichen Äquität hervorzurufen, wäre erforderlich, daß die Rechtsnorm auf einer Hervorkehrung eines egoistischen Staatsinteresses auf Kosten des betreffenden Auslandes oder gegenüber demselben, oder auf einer vom Standpunkte eines idealen Gesetzgebers nicht zu rechtfertigenden reinen Willkür beruhe. Davon ist aber nicht die Rede. Es kann endlich dahingestellt bleiben, ob durch die gedachte Umrechnungsnorm der Inhalt der bereits bestandenen Geldschulden geändert[1] oder nur ein anderes Zahlmittel mit normierter Zahlkraft

[1] So Frankl, Zur Frage der Goldeinlösung ꝛc Prag 1880 S. 17.

D. E.

eingeführt ist, ob überhaupt begrifflich zwischen diesen beiden Wirkungen ein Unterschied ist. Selbst wenn man in der betreffenden Norm eine Norm für den Inhalt der Geldschulden sieht, so handelt es sich doch immer um eine Beeinflussung des Verpflichtungsumfanges, die lediglich auf der Veränderung des Geldwesens des Erfüllungsortes beruht. Auch wenn die Obligation nicht in jeder Beziehung dem Erfüllungsortsrechte unterworfen ist, so erscheint doch dessen Anwendung in Bezug auf die Erfüllungsart nicht dadurch ausgeschlossen, daß von derselben der Verpflichtungsumfang berührt wird. Die in den §§. 256. 257 I. 5 A.L.R. und den Artt. 327. 336. 352. 353 H.G.B. für maßgebend erachteten Verhältnisse des Erfüllungsortes berühren sämtlich den Verpflichtungsumfang."

34. Befugnis französischer Aktiengesellschaften, in Elsaß-Lothringen vor Gericht zu stehen.

II. Civilsenat. Urt. v. 14. April 1882 i. S. Feuerversicherung le Phénix (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. II. 503/81.

I. Landgericht Straßburg.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Durch Erlaß des Oberpräsidenten vom 19. Juli 1872 wurde bestimmt, daß dem Geschäftsbetriebe auswärtiger Versicherungsgesellschaften im Reichslande kein Hindernis im Wege stehe, wenn sie gewisse Bedingungen erfüllen. Klägerin, eine französische Aktienversicherungsgesellschaft, hatte sich diesen Bedingungen unterworfen und ihren Geschäftsbetrieb fortgesetzt. Am 11. März 1881 verfügte der Unterstaatssekretär auf Grund eines französischen Gesetzes vom 30. Mai 1857,[1] daß die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes der französischen Versicherungsgesellschaften über den 1. Mai 1881 hinaus nicht werde geduldet werden.

[1] Das Gesetz lautet:

Loi qui autorise les sociétés anonymes et autres associations commerciales, industrielles ou financières, légalement constituées en Belgique, à exercer leurs droits en France. Art. I. Les sociétés anonymes et les autres associations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire. Art. II. Un *décret* impérial, rendu en conseil d'état peut appliquer à tous autres pays *le bénéfice* de l'art. I.

Die Klägerin klagte nun Prämien aus Versicherungsverträgen ein, welche sie in den Jahren 1873 und 1877 mit dem Beklagten bis zum Jahre 1883 abgeschlossen hatte; die Prämien waren Ende Mai und Anfangs Juni 1881 fällig. Beide Instanzen nahmen an, daß die Klägerin auf Grund des gedachten Gesetzes und infolge des Erlasses vom 11. März 1881 das Recht verloren habe, vor Gericht zu stehen, und wiesen die Klage ab. Das Reichsgericht hat das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Nach der Auslegung des Berufungsgerichtes ist das Gesetz vom 30. Mai 1857 staatspolizeilicher Natur, indem es der Staatsgewalt in Rücksicht auf den Schutz der heimischen Industrie und das Verhalten anderer Staaten die Macht verleiht, den Geschäftsbetrieb ausländischer Aktiengesellschaften im Inlande zu verbieten; die Versagung der Rechtsverfolgung im Inlande soll nur ein Mittel zur Erreichung des mit dem Verbote angestrebten Zweckes sein; dagegen wird die Rechts- und Parteifähigkeit der fremden Gesellschaften als von diesem Gesetze nicht berührt erachtet, vielmehr vorausgesetzt; nur dem praktischen Erfolge, nicht aber der rechtlichen Auffassung nach kommt hiernach das Gesetz einer Beschränkung der Rechtsfähigkeit gleich.

Diese Auslegung, welche allerdings in den Motiven und Verhandlungen zu dem Gesetze einigen Anhalt findet, erscheint in Rücksicht auf den äußeren Anlaß zu dem Gesetze, sowie auf dessen Inhalt, der nirgends eine Ausschließung ausländischer Aktiengesellschaften von der Rechtsverfolgung, das heißt eine Aufhebung der Artt. 3. 11. 14. 15 Code civil ausspricht, nicht unbedenklich, sie ist aber für das Revisionsgericht bindend, weil das Gesetz nur im Bezirke des Oberlandesgerichtes Kolmar Geltung hat (§. 511 C.P.O.). Wenn die Revisionsklägerin einer Nachprüfung mit der Behauptung Eingang zu verschaffen sucht, es müsse festgestellt werden, ob die angeführten allgemeinen Regeln des bürgerlichen Gesetzbuches aufgehoben worden seien oder nicht, so übersieht sie, daß, um das Verhältnis der Ausnahme zur Regel, des jüngeren zu dem älteren Gesetze zu bestimmen, stets zunächst das jüngere Gesetz auszulegen und seine Tragweite festzustellen ist.

Ebenso ist auch die gleichfalls nicht unbedenkliche Annahme der Nachprüfung im Revisionsverfahren entzogen, daß durch das — nur

in Frankreich geltende — Ges. vom 24. Juli 1867 über die Gesellschaften das Ges. vom 30. Mai 1857 nicht beseitigt sei.

Aber auch, wenn man von der Richtigkeit dieser beiden Aussprüche ausgeht, muß die Revision gleichwohl für begründet erachtet werden.

Es ist nämlich daran festzuhalten, daß Gegenstand der Klage im Mai und Juni 1881 verfallene Prämien aus solchen Versicherungsverträgen sind, welche die Revisionsklägerin im Jahre 1873 (mit einem avenant von 1877) mit Geltung bis zum Jahre 1883 abgeschlossen hat, und daß dieselbe zur Zeit des Abschlusses dieser Verträge auf Grund eines Erlasses des Kais. Oberpräsidenten für Elsaß-Lothringen vom 19. Juli 1872 zum Geschäftsbetriebe zugelassen und darin geduldet worden ist, bis das Dekret des Unterstaatssekretärs vom 11. März 1881 verfügte, daß „über den 1. Mai 1881 hinaus die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nicht mehr geduldet werden solle". Wenn nun auch, was bei der nicht revisibeln Feststellung durch das Berufungsgericht angenommen werden muß, jener Erlaß das nach Art. 2 des Ges. vom 30. Mai 1857 erforderliche Dekret weder ersetzen wollte noch konnte, so durfte dennoch dieser thatsächlichen Zulassung zum Geschäftsbetriebe und der Jahre hindurch fortgesetzten Duldung desselben nicht aus dem Grunde jede Rechtswirkung abgesprochen werden, weil, wie unter Ziff. 5 der Gründe gesagt ist, die thatsächliche Duldung das Gesetz nicht beseitige.

Indem die Entscheidung diesem thatsächlichen Besitzstande im Geschäftsbetriebe keinerlei rechtliche Wirkung beilegt, trifft sie in zweifacher Richtung der Vorwurf der Gesetzesverletzung:

1. Der in Ziff. 7 der Gründe ausgesprochene Satz, daß den in Frankreich vor der Abtretung von Elsaß-Lothringen an Deutschland zu rechtlichem Dasein gelangten Aktiengesellschaften, welche ihren Sitz in Elsaß-Lothringen hatten, kein wohlerworbenes Recht auf den Geschäftsbetrieb und den Rechtsschutz daselbst zustehe, ist zwar im allgemeinen richtig, denn sie hatten dieses Recht nicht kraft besonderer Verleihung, insbesondere nicht auf Grund des Ges. vom 30. Mai 1857, sondern infolge der Einheit des Staatsgebietes und auf Grund der in diesem ganzen Staatsgebiete, welchem sie damals angehörten, bestehenden Gesetze über Gesellschaften; sie hatten aber auch im einheitlichen Staatsgebiete kein Recht darauf, daß ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit nicht durch ein neues Gesetz beschränkt werde; mithin wird auch kein wohlerworbenes Recht verletzt, wenn nunmehr ihnen

gegenüber, weil sie infolge der Abtretung von Elsaß-Lothringen an Deutschland in Beziehung auf diesen Teil des früheren Heimatlandes Ausländer geworden sind, das Ges. vom 30. Mai 1857 Geltung erlangt hat. — Allein, wenn es auch kein wohlerworbenes Recht auf den Status selbst giebt, so ist andererseits doch nicht zu verkennen, daß diejenigen Rechte als wohlerworbene zu gelten haben, welche daraus entstanden sind, daß von der Handlungsfähigkeit Gebrauch gemacht und kontrahiert worden ist, und daß dies auch gelten muß, wenn durch die spätere Gesetzgebung zwar nicht die Rechts- und Handlungsfähigkeit grundsätzlich aufgehoben, wohl aber im Wege staatspolizeilichen Verbotes thatsächlich beseitigt wird.

Da auch ein derartiges Verbotsgesetz nicht auf vor seinem Inkrafttreten begründete Rechtsverhältnisse zurückwirkt, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der Klägerin der Rechtsschutz für solche Rechtsgeschäfte nicht versagt werden könnte, welche sie in der Zeit vor Abtretung Elsaß-Lothringens an Deutschland abgeschlossen hat und welche in ihren Folgen noch fortdauern.

Stehen nun auch solche Rechte hier nicht in Frage, so muß doch das gleiche Prinzip in Anwendung kommen für Rechtshandlungen, welche die Klägerin während einer Zeit vorgenommen hat, in welcher das neue Recht — das Ges. vom 30. Mai 1857 — nicht nur nicht gegen sie in Anwendung gebracht, sondern sie vielmehr von den Behörden, wenn auch unter gewissen administrativen Beschränkungen, thatsächlich in ihrer seitherigen Stellung als Inländerin belassen und ihr die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes gestattet worden ist.

So wie das Berufungsgericht dieses Gesetz auslegt, hat die Klägerin dadurch, daß sie mit der Abtretung von Elsaß-Lothringen an Deutschland Ausländerin wurde, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit keineswegs verloren; es konnte ihr nur, wenn überhaupt das Gesetz vom Frankfurter Frieden unberührt blieb, die Fortsetzung der Geschäfte sofort verboten werden und selbst nach dem Erlaß eines Verbotes hätte ihr für die noch unter der französischen Staatshoheit abgeschlossenen Rechtsgeschäfte die gerichtliche Hilfe nicht verweigert werden können, es mußte ihr vielmehr ähnlich, wie es in Ziff. 9 des Schlußprotokolles zur Zusatzkonvention vom 11. Dezember 1871 hinsichtlich der Bank von Frankreich geschehen ist, ein Termin zur Abwickelung ihrer geschäftlichen Verhältnisse gewährt werden. — Ist aber ein Verbot nicht sofort

erlassen, vielmehr die Fortführung der Geschäfte geduldet worden, so ist zwar dadurch das Ges. vom 30. Mai 1857 allerdings nicht beseitigt, allein nur in dem Sinne nicht, daß zu jeder Zeit das Verbot nachträglich erlassen werden kann, dagegen kann dies nachgefolgte Verbot nicht auf die während der Periode der Duldung begründeten Rechtsverhältnisse zurückwirken. Die französischen Gesellschaften müssen unter allen Umständen zur Rechtsverfolgung zugelassen werden, um die Frage zum gerichtlichen Austrage bringen zu können, ob die während jener Periode eingegangenen Geschäfte zu Recht bestehen oder nicht, eine Frage, welche in der Antwort des Unterstaatssekretärs vom 29. März 1881 auf die Anfrage vom 21. März 1881 unter Ziff. 5 keinesweges im Sinne der Ungültigkeit entschieden worden ist.

Da das Oberlandesgericht diese durch das Klagegesuch, sofern es auf Anerkennung der fortdauernden Gültigkeit der abgeschlossenen Versicherungsverträge gerichtet ist, angeregten Fragen unerwogen gelassen hat, trifft seine Entscheidung der Vorwurf mangelnder Begründung (§. 513 Ziff. 7 C.P.O.) und zwar um so mehr, als es gerade bei seiner Auslegung des Ges. vom 30. Mai 1857, wonach die Versagung des Rechtsschutzes nur ein Mittel zur Durchführung des Verbotes des Geschäftsbetriebes ist, zum Ergebnisse gelangen mußte, daß, soweit von den Behörden der Zweck aufgegeben war, auch das Mittel nicht Anwendung finden könne. — Es ist aber auch das Prinzip des Art. 2 Code civil verletzt, weil dem Erlasse vom 11. März 1881, welcher das Ges. vom 30. Mai 1857 — und zwar nur in Form eines Verbotes der Fortsetzung des Geschäftsbetriebes über den 1. Mai 1881 hinaus — in Anwendung bringt, rückwirkende Kraft beigelegt wird.

Die Fassung dieses Erlasses und die unbestrittene Thatsache der Duldung des Geschäftsbetriebes bis zum 1. Mai 1881 machen eine Erörterung der Frage überflüssig, ob etwa anzunehmen sei, daß sofort mit der Abtretung von Elsaß-Lothringen an Deutschland das Gesetz vom 30. Mai 1857 in dem Sinne wirksam geworden sei, daß die Klägerin ihre Geschäfte einstellen mußte, weil nicht ein Kaiserliches Dekret nach Maßgabe von Art. 2 des gedachten Gesetzes erlassen worden ist.

2. Das Berufungsgericht verletzt ferner die §§. 50. 51 C.P.O. Diese beruhen (vgl. auch §. 4 K.O.) auf dem Prinzipe, daß ohne Unterschied zwischen In- und Ausländern sowohl betreffs physischer als auch juristischer Personen lediglich das bürgerliche Recht, welchem die Person

unterworfen ist, darüber entscheide, ob die Person fähig sei, vor Gericht zu stehen, sowie darüber, wer gesetzlich eine unfähige Person zu vertreten habe; und daß eine Person insoweit prozeßfähig sei, als sie sich durch Verträge verpflichten kann. Daraus folgt, daß die Klägerin, obgleich sie Ausländerin ist, zur Rechtsverfolgung im Inlande zugelassen werden muß, weil ihr unbestritten nach dem für sie maßgebenden französischen Rechte (Art. 3 Code civil) die Eigenschaft einer rechts- und handlungsfähigen Person zukommt und weil sie, was gleichfalls unbestritten ist, nach eben diesem Gesetze gültig vertreten wird.

Der erste Grund, aus welchem das Berufungsgericht die Anwendung der §§. 50. 51 ablehnt, weil nämlich eine juristische Person stets thatsächlich gehindert sei, prozeßfähig zu werden, mithin bezüglich ihr der §. 51 ganz außer Betracht bleiben müsse, beruht auf einer unrichtigen Schlußfolgerung aus der Stelle der Motive, wo unter lit. c juristische Personen und Personenvereine unter den nicht prozeßfähigen Personen aufgezählt sind. Diese Stelle hat nach dem Zusammenhange der Motive und des Gesetzes nur den Sinn, daß, weil väterliche Gewalt, Eigenschaft einer Ehefrau und Geschlechtsvormundschaft im Geiste der Prozeßordnung niemals Prozeßunfähigkeit begründen, was auch hierwegen im bürgerlichen Rechte bestimmt sein mag, nur die unter a—c aufgeführten Fälle übrig bleiben, in welchen überhaupt noch von Prozeßunfähigkeit die Rede sein kann. Ob in einem dieser Fälle jemand prozeßfähig und wer der gesetzliche Vertreter eines Unfähigen sei, bestimmt das bürgerliche Recht; in den Fällen unter a (willenlose Kinder ꝛc) wird dieses in der Regel nur betreffs der gesetzlichen Vertretung in Frage kommen, in den Fällen unter b (Bevormundete ꝛc) ist es vorzugsweise für die Beschränkung der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit willensfähiger Personen entscheidend, in den Fällen unter c (juristische Personen ꝛc) ist nach demselben zu prüfen, sowohl, ob eine juristische Person, ein Personenverein, eine Vermögensmasse als rechts- und parteifähiges Subjekt bestehe, als auch, wer der gesetzliche Vertreter sei.

Die Richtigkeit dieser Auslegung ergiebt sich aus Folgendem. Nach §. 50 sind die Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes maßgebend nicht nur betreffs der Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, sondern auch für die Vertretung einer nicht prozeßfähigen Partei durch andere Personen. Schon hieraus folgt, daß das bürgerliche Recht auf Aktien-

gesellschaften mindestens insoweit anwendbar ist, als sich danach — ihre rechtliche Existenz vorausgesetzt — entscheidet, wer ihr gesetzlicher Vertreter sei. Die Motive fügen auch am Schlusse bei: „Aus dem bürgerlichen Rechte ist nach §. 50 endlich noch zu entscheiden, ob zu einem Prozesse eine nicht prozeßfähige Partei — z. B. nach preußischem Rechte die Kirchengemeinde — oder der gesetzliche Vertreter einer Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf."

Der Zusammenhalt der §§. 50. 51 mit den Motiven ergiebt aber noch weiter, daß die Prozeßordnung nicht bloß die Prozeßfähigkeit in dem Sinne, wer einen Prozeß selbst in eigener Person zu führen fähig sei, sondern auch die Frage regelt, wer die durch den Prozeß entstehende Obligation nach dem Axiom „judicio contrahitur" eingehen könne, sei es, daß er selbst oder durch einen Vertreter den Prozeß führe. Die Motive erklären ausdrücklich die Prozeßfähigkeit für einen Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit und fahren fort: „wer handlungs- und dispositionsfähig sei, bestimmt das bürgerliche Recht; die Vorschriften desselben ergeben daher, wer als prozeßfähig betrachtet werden muß." Diesen Gedanken spricht sodann der dem Art. 1 W.O. nachgebildete Abs. 1 des §. 51 dahin aus, daß eine Person insoweit prozeßfähig sei, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Nach all diesem ist es unrichtig, wenn das Berufungsgericht annimmt, die juristischen Personen kämen bei Anwendung des §. 51 der Prozeßordnung gar nicht in Betracht; es gilt vielmehr auch für sie das durchgreifende, bereits hervorgehobene Prinzip, daß auch die ausländische Person zur Rechtsverfolgung im Inlande zuzulassen sei, sofern sie nach dem für ihren Status maßgebenden ausländischen Rechte handlungs- und dispositionsfähig ist.

Der Klägerin stehen demnach die §§. 50 und 51 C.P.O. zur Seite und braucht sie sich gar nicht auf den §. 53 zu berufen.

Auch der zweite Grund, aus welchem das Berufungsgericht den Prinzipien der Prozeßordnung die Anwendung versagt, weil nämlich die aus dem Ges. vom 30. Mai 1857 sich ergebenden Rechtsverhältnisse der ausländischen Aktiengesellschaften in Elsaß-Lothringen von der Prozeßordnung unberührt geblieben seien, kann nicht gebilligt werden. Es kann für die Entscheidung des vorliegenden Falles dahingestellt bleiben, ob dem freien Prinzipe der Prozeßordnung gegenüber, welches keinen Unterschied zwischen In- und Ausland anerkennt, überhaupt noch

ein solches partikulares Verbotsgesetz, welches rechtsgültig konstituierten ausländischen Gesellschaften den Rechtsschutz entzieht, Geltung haben könne oder nicht. Das Ges. vom 30. Mai 1857 kann jedenfalls hier schon um deswillen die Regeln der Prozeßordnung nicht beseitigen, weil nach demselben, wie das Berufungsgericht selbst es auslegt, die Versagung der Rechtshilfe nur ein Mittel sein soll, um das Verbot des Geschäftsbetriebes im Inlande wirksam zu machen, hier aber durch die thatsächliche Duldung des Geschäftsbetriebes die bereits dargestellte Sachlage geschaffen worden ist, daß mindestens die Frage zum gerichtlichen Austrage zugelassen werden muß, ob die thatsächlich zugelassenen Geschäfte rechtliche Wirkung äußern. Die von dem Berufungsgerichte betonte Rücksicht auf die öffentliche Ordnung kann ein Abgehen von den Prinzipien der Prozeßordnung in dem Falle nicht rechtfertigen, wo diese öffentliche Ordnung überhaupt nicht mehr in Frage kommen kann.

Hiernach war das zweitinstanzliche Urteil auch wegen Verletzung der §§. 50. 51 C.P.O. aufzuheben, und können daher die übrigen Angriffe der Revisionsklägerin unerörtert bleiben.

Es mag übrigens bemerkt werden, daß auch die Gründe, aus welchen hergeleitet wird, daß das Ges. vom 30. Mai 1857, welches nach der mehrerwähnten Auslegung des Berufungsgerichtes ein privilegium odiosum aller ausländischen Aktiengesellschaften, nicht etwa bloß eine gewerbliche Konzessionspflicht der Versicherungsgesellschaften wegen des Gegenstandes ihres Geschäftsbetriebes (vgl. Art. 4 Ziff. 1 der deutschen Reichsverfassung und §. 6 G.O.) enthält, weder durch Art. 11 des Frankfurter Friedens, noch durch die Zusatzkonvention zu demselben außer Kraft gesetzt worden sei, erheblichen Bedenken unterliegen. Es ist in dieser Hinsicht zunächst nicht zu übersehen, daß, wenn Art. 11 a. a. O. im Sinne der Revisionsklägerin ausgelegt wird, es sich dabei — von Elsaß-Lothringen abgesehen — nur um ein Zugeständnis handelt, welches Frankreich an das übrige Deutschland machte, da in diesem der Rechtsverfolgung ausländischer Aktiengesellschaften kein Verbotsgesetz entgegensteht. Sodann können, um die Ausdrücke „sujets", „Angehörige" auf physische Personen zu beschränken, weder der Art. 15 des Frankfurter Friedens, noch §. 19 Abs. 4 des Vertrages mit Österreich-Ungarn vom 16. Dezember 1878, noch der Art. 3 der Reichsverfassung herangezogen werden; der Art. 15 nicht, weil nicht abzusehen ist, weshalb Maßregeln zur Wiedererlangung infolge des Krieges

nicht gewahrter Rechte nicht auch juristischen Personen zu Statten kommen sollen; der §. 19 Abs. 4 nicht, weil die darin aufgezählten Geschäfte vorzugsweise von Gesellschaften betrieben werden, und der Art. 3 nicht, weil das darin ausgesprochene Prinzip, daß kein einzelner deutscher Staat einen Deutschen ungünstiger behandeln dürfe als seine eigenen Angehörigen (vgl. Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 177 flg.) auch für juristische Personen gelten muß, wenn man nicht zu der Konsequenz gelangen will, daß das Ges. vom 30. Mai 1857 in Elsaß-Lothringen auch gegen die Aktiengesellschaften anderer deutscher Länder in Anwendung gebracht werden könne.

Was sodann die Aufnahme des Schutzes der marques de dessin et de fabrique in die Zusatzkonvention vom 12. Oktober 1871 betrifft, so waren wenigstens die französischen Bevollmächtigten der Meinung (Recueil Bd. 1 S. 144), que dans la pensée de leur gouvernement le principe de réciprocité tel qu'ils viennent de l'énoncer rentre parfaitement dans les mots „traitement des sujets des deux nations." Die Vorsorge wegen der Patente in der Konvention vom 11. Dezember 1871 und im Schlußprotokolle hierzu findet ihre Erläuterung im französischen Patentgesetze vom 5. Juli 1844 und im besonderen Bedürfnisse, Rechte zu wahren, welche die Elsaß-Lothringer nur als Franzosen beibehalten konnten. Was sodann die Bank von Frankreich betrifft, so darf dabei deren privilegierte Stellung, da ihre Noten damals Zwangskurs hatten, nicht außer acht gelassen werden.

Daraus, daß das am 19. Dezember 1866 zu Gunsten Preußens erlassene Dekret in das Verzeichnis der nach Art. 18 der Zusatzkonvention vom 11. Dezember 1871 restituierten Verträge aufgenommen worden ist, folgt eher ein Argument für die Klägerin, wenn man berücksichtigt einerseits, daß daselbst auch solche Verträge aufgeführt werden, welche unzweifelhaft im Art. 11 des Friedensschlusses und im gedachten Art. 18 inbegriffen sind, wie die Verträge über den Schutz des litterarischen Eigentumes, die Handels- und Schiffahrtsverträge mit Bremen, Hamburg und Lübeck, mit Mecklenburg-Schwerin ꝛc und andererseits, daß das zu Gunsten des Königreichs Sachsen im Jahre 1868 ergangene Dekret nicht erwähnt ist.

Hiernach bleibt als das wichtigste Argument für die Auffassung des Berufungsgerichtes nur die im Protokolle vom 4. November 1871 niedergelegte Erklärung, deren Bedeutung hier nicht weiter zu prüfen ist."

II. Gemeines Recht.

35. Liegt eine pro herede gestio des Delaten darin, daß derselbe einem persönlichen Gläubiger Befriedigung aus der ihm angefallenen Erbschaft anbietet?

I. Civilsenat. Urt. v. 15. Juni 1881 i. S. St. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. I. 530/81.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Simon G. hat wegen einer ausgeklagten Forderung von Fl. 1900 samt Zinsen und wegen Kosten die Eintragung eines richterlichen Pfandrechtes (Rachtung) auf den ideellen Anteil von in Bornheimer Gemarkung belegenen Grundstücken gegen die Kinder und Erben des am 31. Januar 1869 zu Bornheim verstorbenen Wirtes Wilhelm H. erlangt. Sein Cessionar, der Kläger St., verfolgt dies Recht in dem gegenwärtigen Prozesse gegen die Witwe des Wilhelm H. und dessen Sohn Johann Karl Wilhelm H. als die angeblichen Erben des Wirtes Wilhelm H., während die Beklagten widerklagend die Ungültigkeitserklärung des Pfandrechtes fordern. Die Grundstücke, um welche es sich handelt, stammen aus dem Nachlasse der Mutter des Wilhelm H. her, welche zu einer Zeit, als dieser noch minderjährig war, mit Hinterlassung eines erst nach dem Tode seines Sohnes Wilhelm H. verstorbenen Witwers und eines zweiten Sohnes Balthasar H. verstorben ist. Dem Witwer stand der lebenslängliche Nießbrauch (Beisitz) an den Grundstücken zu, Balthasar H. hat aber, wie unter den Parteien

feststeht, auch schon während der Lebenszeit seines Vaters über seine ideelle Hälfte an den mütterlichen Grundstücken durch deren Verpfändung verfügt.

Der Kläger behauptet nun, daß auch der inzwischen verstorbene Wilhelm H. die ihm der Proprietät nach zur Hälfte angefallene mütterliche Erbschaft bei seinem Leben erworben habe, und zwar habe er die Erbschaft, als er noch minderjährig war, nach dem Tode der Mutter angetreten und diese Antretung nach erlangter Volljährigkeit bestätigt. Überdies habe er sich als Erbe der Mutter dadurch geriert, daß er einige Monate vor seinem Tode seinem Gläubiger Simon G. angeboten habe, er wolle demselben mit seinem ideellen Anteile an den gedachten Grundstücken ein Pfandrecht bestellen.

Die Richter der beiden vorigen Instanzen haben die Klage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage verurteilt. Sie nehmen an, daß eine Erbschaftsantretung Wilhelm H.'s nicht genügend behauptet, in den behaupteten Thatsachen auch eine pro herede gestio nicht gefunden werden könne; Wilhelm H. müsse aber die mütterlichen Grundstücke erworben haben, wenn die wegen seiner Schuld in diese Grundstücke verfügte Rachtung hätte aufrecht erhalten werden können. Das Reichsgericht hob auf vom Kläger eingelegte Revision das Berufungsurteil auf und wies die Sache an das O.L.G. zurück.

Aus den Gründen:

„Es ist davon auszugehen, daß, wie die beiden Vorderrichter annehmen, Kinder die Erbschaft der Mutter auch nach Frankfurter Recht nicht ipso jure erwerben. . . .

Dem Oberlandesgerichte ist zunächst darin nicht beizutreten, daß die Behauptung des Klägers über die Erbschaftsantretung des Wilhelm H., soweit sie mit Worten geschehen sein soll, als nicht genügend cirkumstanziiert anzusehen sei. Da die Erbschaftsantretung nicht an eine Form gebunden ist, so ist es gleichgültig, ob erhellt, „in welcher Art und Weise sie erfolgt sei", und da ebensowenig vorgeschrieben ist, daß die Antretung vor einer Behörde oder vor einer bestimmten Person erfolgen müßte, so ist es nicht minder gleichgültig, daß nicht erhellt, „vor wem die Erklärung erfolgt sei".

Will aber darauf Gewicht gelegt werden, daß die Erbschaftsantretung von dem Wilhelm H. zu einer Zeit erklärt sein soll, als er noch minderjährig war, und daß nach heutigem Rechte auch in Beziehung

auf die Wirksamkeit verpflichtender Handlungen, welche von einem Handlungsunfähigen vorgenommen worden sind, nicht zu unterscheiden sei zwischen Unmündigen und Minderjährigen, so hat doch Kläger auch behauptet, daß Wilhelm H. nach erreichter Großjährigkeit die frühere Erbschaftsantretung bestätigt habe, und in dieser Bestätigung würde entweder die Heilung der Ungültigkeit der früheren Erbschaftsantretung (Wächter, Pandekten S. 425 Note 18; Windscheid §. 83 Note 10) oder eine neue, nunmehr wirksame Erbschaftsantretung zu finden sein. Der Vorderrichter hat also rechtsirrtümlich, ohne über diese Behauptungen des Klägers Beweis zu erheben, die Klage abgewiesen.

Nicht minder ist es rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter einem Angebote, welches der berufene Erbe seinem persönlichen Gläubiger dahin macht, er wolle denselben durch Verpfändung von Nachlaßgrundstücken sicher stellen, allgemein die Bedeutung einer pro herede gestio abspricht. Als pro herede gestio muß jede Handlung gelten, in welcher der Wille des berufenen Erben, Erbe zu sein, zum Ausdruck gelangt. Das geschieht nicht allein durch solche Handlungen, welche eine andere Auslegung als die, Erbe sein zu wollen, überhaupt nicht zulassen; auch nicht allein durch solche Handlungen, welche eine andere Auslegung für die Regel nicht zulassen, vielmehr kann jener Wille auch durch solche Handlungen zum Ausdruck gelangen, welche geeignet sind, diesen Willen zum Ausdruck zu bringen, ohne daß sich darüber eine Regel aufstellen läßt, ob der Handlung dieser Art ein solcher Wille zu Grunde zu liegen pflegt. Es ist dann Sache der konkreten Feststellung, darüber zu befinden, ob im vorliegenden Falle und unter Berücksichtigung der sonstigen Umstände anzunehmen ist, daß jene Handlung mit dem bezeichneten Willen vorgenommen worden ist, oder ob ein solcher Wille nicht anzunehmen ist.

Vgl. Donellus, comment. de jure civili lib. 7 cap. 8. 16 seq.; Mayer, Erbrecht S. 343 Note 20.

Zu Handlungen der letztgedachten Art ist auch ein Angebot, wie es der Kläger behauptet hat, zu rechnen.

Gewiß ist dem Vorderrichter darin beizustimmen, daß die Verheißung zukünftiger Verpfändung auch unerfüllt bleiben kann. Allein nicht darauf kommt es an, was demnächst geschieht, sondern darauf, in welcher Absicht jene verheißende Erklärung abgegeben worden ist.

Allerdings läßt sich daraus, daß der berufene Erbe Erbschafts-

sachen verkauft und sofort übergiebt, sicherer auf seinen Willen Erbe zu sein schließen, als wenn er vorläufig anbietet, um eine Preisofferte zu erlangen. Auch wenn der berufene Erbe redlich handelt, bliebe es ja immer möglich, daß er Handlungen solcher Art in der Überzeugung vornimmt, daß er demnächst die Erbschaft antritt, daß er aber vorläufig präparatorisch verfährt, daß er sich über den Wert der Erbschaftssachen orientiert, daß er seine definitive Entschließung vorbehält.

Bietet aber der konkrete Fall keinen Anhalt für die Annahme, daß es sich um derartige präparatorische Maßnahmen handelt, daß dem Erben überhaupt Bedenken beiwohnen, ob er Erbe sein wolle, daß die Offerte in einer anderen Absicht gestellt worden wäre, als in der, die Offerte, wenn sie angenommen wird, redlich zu erfüllen, so wird man auch in dem Verkaufsangebote von Erbschaftssachen oder in dem Angebote, Erbschaftssachen zur Sicherstellung eines eigenen Gläubigers zu verpfänden, eine Kundgebung des Willens, Erbe zu sein, sich als Eigentümer der Erbschaftssachen zu betrachten, finden können.

Läßt sich nach der konkreten Sachlage annehmen, der Wilhelm H. würde, wenn er nicht hätte Erbe sein wollen, wenn er sich nicht schon als Miteigentümer der von seiner Mutter hinterlassenen Grundstücke betrachtet hätte, das behauptete Angebot nicht gemacht haben, so lag in dem Angebote eine pro herede gestio; denn die Quellen führen die Verfügung über Erbschaftssachen darauf zurück:

§. 7. Inst. de her. qual. 2, 19: pro herede enim gerere est pro domino gerere.

Die Verfügung über die Erbschaftssachen, der Gebrauch oder die Veräußerung von solchen Sachen oder von Sachen, die für Erbschaftssachen gehalten werden, werden aber nur als Beispiele aufgeführt. Wesentlich ist, daß sich in der wie immer sonst gearteten Handlung jener Wille, Erbe zu sein, ausspricht.

l. 20. pr. Dig. de acq. v. om. her. 29, 2: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. . . .

Es durfte also auch der nach dieser Richtung von dem Kläger angebotene Beweis nicht abgeschnitten werden." . . .

36. Ist die Rechtswohlthat des Notbedarfes, welche dem Gemeinschuldner zustand, der sein Vermögen den Gläubigern abgetreten hat, demselben auf Grund der Bestimmung der Reichskonkursordnung gegenüber älteren Gläubigern zu versagen, obwohl der Konkurs vor dem Inkrafttreten der Reichskonkursordnung beendigt ist?

I. Civilsenat. Urt. v. 18. Juni 1881 i. S. M. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. I. 130/81.

I. Landgericht Meiningen.
II. Oberlandesgericht Jena.

Aus den Gründen:

„Es ist dem Urteile des gemeinschaftlichen Oberlandesgerichtes darin beizutreten, daß die in dem landgerichtlichen Urteile vom 15. Oktbr. 1880 angezogenen Vorschriften der deutschen Konkursordnung auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden können.

Es ist unter den Parteien unbestritten, daß Beklagter sein Vermögen im Jahre 1868 seinen Gläubigern abgetreten hat, daß der damals eröffnete Konkurs beendigt ist und daß Klägerin wegen der jetzt eingeklagten Forderung bereits zu jener Zeit Gläubigerin des Beklagten war.

Unter diesen Umständen hatte aber Beklagter die Rechtswohlthat der Güterabtretung gegen die Klägerin wegen der eingeklagten Forderung erworben, er hat sich darauf in seiner Vernehmlassung vom 29. November 1872 bezogen; dies erworbene Recht ist dem Beklagten nicht nachträglich durch die deutsche Konkursordnung entzogen.

Allerdings enthält §. 152 dieser Konkursordnung die allgemeine Vorschrift:

> Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen.

Indessen ergiebt sich aus dem Zusammenhange sofort, daß sich diese Vorschrift nur auf ein nach der neuen Konkursordnung eingeleitetes und demnächst beendigtes Konkursverfahren bezieht.

Ob auch die in §. 4 des Einführungsgesetzes ausgesprochene Aufhebung der Vorschriften der Landesgesetze über die Rechtswohlthat der Güterabtretung in gleicher Weise eingeschränkt zu verstehen ist, oder ob dieselbe geeignetenfalls auch auf solche Konkurse angewendet werden

kann, welche bei dem Inkrafttreten der neuen Konkursordnung noch schwebten, und welche nach den bis dahin gültigen landesgesetzlichen Vorschriften zu Ende zu führen sind, kann dahingestellt bleiben.

Selbst wenn man der Vorschrift eine solche Ausdehnung giebt, so rechtfertigt sich doch die Anwendung derselben auf einen Fall, in welchem, wie hier, das Konkursverfahren lange vor dem Inkrafttreten der angezogenen Bestimmung beendigt worden ist, nicht.

Allerdings gewährt die Rechtswohlthat der Güterabtretung nur dem Kridar für seine Person das höchstpersönliche Recht, seinen Gläubigern gegenüber nach beendigtem Konkurse den Anspruch zu erheben, daß ihm der Notbedarf gelassen und er gerichtlich nicht verfolgt werde, bevor er darüber hinaus Vermögen erworben hat, während sich die Erben und Bürgen des Gemeinschuldners auf diese Rechtswohlthat nicht berufen können. Aber auch wenn das Forderungsrecht des Gläubigers soweit durch jene Rechtswohlthat nicht oder doch nicht unmittelbar berührt wird, so ist doch jenes Recht des Schuldners nicht weniger ein wohlerworbenes Recht, das ihm gegen bestimmte Personen, seine damaligen Gläubiger, in Beziehung auf die bestimmten Forderungen derselben, wie sie ihnen zu der Zeit, als der Kridar die Rechtswohlthat der Güterabtretung erlangte, zustanden, erwachsen ist.

Wie im allgemeinen bei der Änderung einer Gesetzgebung nicht anzunehmen ist, daß das neue Gesetz die unter der Herrschaft des alten Gesetzes erworbenen Rechte beseitigen wolle, so ist auch im vorliegenden Falle nicht anzunehmen, daß, wenn schon im §. 4 des Einführungsgesetzes nicht bloß die Vorschriften der Landesgesetze über die Erlangung der Rechtswohlthat der Güterabtretung, sondern die Gesamtheit der Vorschriften über diese Rechtswohlthat, also auch die Vorschriften über den Inhalt und die Wirkungen der Rechtswohlthat, das ganze Rechtsinstitut aufgehoben werden, diese Aufhebung auch die bis dahin erworbenen Rechte dieser Art habe beseitigen wollen.

Man wird dies um so weniger annehmen dürfen, als Rechte dieser Art, soweit sie noch bestehen, mit dem Ableben derjenigen Personen, denen sie erworben sind, aufhören, so daß es sich auch bei Aufrechthaltung jener Rechte immer nur um transitorische Zustände handelt." ...

37. 1. Revisibilität in Ehesachen.
2. Erfordernisse der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.
3. Können dieser Klage im Wege der Einrede Thatsachen entgegengehalten werden, welche eine zeitliche Trennung von Tisch und Bett rechtfertigen würden?
4. Wirkung einer Klagabweisung auf Grund solcher Thatsachen.

III. Civilsenat. Urt. v. 8. November 1881 i. S. W. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. III. 466/81.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die beklagte Ehefrau hat sich im Frühjahr 1879 und, nachdem sie auf kurze Zeit zurückgekehrt war, zum zweiten Male im August 1879 von ihrem Ehemanne entfernt und lebt seitdem faktisch getrennt von demselben. Mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens belangt, hat sie eingewendet, daß sie von dem Kläger eine fortgesetzt rohe Behandlung zu erdulden gehabt habe, in deren Folge sie sich, ohne erst die Scheidungsklage anzustellen, für berechtigt ansehe, die Rückkehr zu ihrem Ehemanne zu verweigern.

Der Richter erster Instanz hat diese Einwendung thatsächlich und rechtlich für begründet erkannt und die Klage abgewiesen. Der Richter zweiter Instanz hat dem Klagantrage gemäß erkannt, indem er die der Beklagten zugefügten Injurien und Thätlichkeiten nicht für erheblich genug ansah und deshalb dahingestellt ließ, ob nicht die Ehefrau wegen der von ihr behaupteten Mißhandlung widerklagend auf Scheidung anzutragen gehabt hätte. An diesen letzteren Gedanken wurde von dem Anwalte des Revisionsbeklagten angeknüpft und ausgeführt: das Verlangen der Revisionsklägerin sei unstatthaft, sie wolle von ihrem Ehemanne auf unbestimmte Zeit sich entfernt halten, ohne gerichtlich geschieden zu sein; dies gehe während der Dauer des Ehebandes nicht an, die Beklagte müsse also entweder mit einer Ehescheidungsklage auftreten oder zu ihrem Manne zurückkehren.

Das Reichsgericht hob das Urteil der zweiten Instanz auf und wies in der Sache selbst die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurück aus folgenden

Gründen:

„Die Revisibilität der vorliegenden Sache kann nicht deshalb beanstandet werden, weil bei dem Ausspruche des Berufungsrichters, daß Kläger seiner Ehefrau keinen hinreichenden Grund für ihr Entferntbleiben von ihm gegeben habe, nur thatsächliche Feststellungen oder Beweiswürdigungen in Frage stehen. Allerdings ist für die Revisionsinstanz dasjenige maßgebend, was der Berufungsrichter in betreff des Benehmens des Klägers gegen seine Ehefrau als bewiesen angenommen hat. Allein wie dieses Benehmen vom Standpunkte des Eherechtes aus zu qualifizieren, insbesondere ob es als ein solches zu prädizieren ist, das der Ehefrau einen rechtlich begründeten Einwand gegen die angestellte Klage an die Hand gebe, ist der Würdigung des Revisionsgerichtes nicht entzogen.

Die gegenwärtige Klage ist die von dem Ehemanne wider seine von ihm getrennt lebende Ehefrau angestellte Klage auf eheliche Folge, bezw. auf Herstellung des ehelichen Lebens. Eine solche Klage wird durch §. 568 Abs. 1 C.P.O. für zulässig erklärt. Zwar ist diese Bestimmung nicht dahin zu verstehen, daß damit die Klage auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft auch in Rechtsgebiete eingeführt werden sollte, denen sie bis jetzt unbekannt war; das Gesetz will nur, daß sie in den Gebieten, in welchen sie nach dem geltenden Eherechte besteht, als Ehesache, nämlich als ein nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung zu entscheidender Rechtsstreit, behandelt werde. Allein nach dem Zeugnisse von Strippelmann, Ehescheidungsrecht S. 151, Roth und Meibom, Kurhessisches Privatrecht S. 344, sowie auf Grund der Praxis der vormals kurhessischen Gerichte (vgl. Strippelmann a. a. O.) kann als zweifellos angenommen werden, daß im Gebiete des vormaligen Kurfürstentums Hessen, welchem die streitenden Teile angehören, die Klage auf eheliche Folge anerkannt war.

Die angestellte Klage bezweckt, die faktische Trennung der Ehefrau, ihr zeitweiliges Entferntbleiben von dem Ehemanne durch Anrufung des Richters im Prozeßwege zu beseitigen. Folgerichtig können dieser Klage solche Thatumstände entgegengehalten werden, welche geeignet sind, das zeitweilige Wegbleiben der beklagten Ehefrau zu rechtfertigen. Die fraglichen Thatsachen brauchen keineswegs derart zu sein, daß sie zu einer immerwährenden Trennung, zu einer Ehescheidung berechtigen würden. Eben weil es sich nur darum handelt, ob die Ehefrau zur Zeit der

Anstellung der Klage ausreichende Ursachen hat, sich faktisch getrennt von ihrem Ehemanne zu halten, müssen im allgemeinen solche Thatumstände für genügend angesehen werden, welche eine zeitliche Separation von Tisch und Bett herbeiführen könnten. Es liegt kein Grund vor, weshalb diese Thatumstände nur mittels besonderer Klage auf vorübergehende Trennung sollten geltend gemacht und nicht auch im Wege der Einrede gegen die Klage auf eheliche Folge sollten verwertet werden können; nur ist, wenn letzteres geschieht und von günstigem Erfolge begleitet ist, daran festzuhalten, daß der Ehemann seine Klage, weil sie nur aus einem temporären Rechtsgrunde abgewiesen wurde, von neuem wieder anstellen kann, sobald die Verhältnisse in der entsprechenden Weise sich geändert haben.

Als allgemeine Richtschnur dafür, ob Gründe für eine vorübergehende Scheidung, bezw. ob gerechte Ursachen für die Entfernung der Ehefrau von ihrem Ehemanne vorhanden sind, wird von der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis der Gesichtspunkt aufgestellt, daß der Ehefrau durch das Benehmen des Mannes ein Zusammenleben mit ihm zu einer unerträglichen Last gemacht worden sein müsse.[1]

Von diesem rechtlichen Gesichtspunkte ausgegangen, wonach insbesondere auch rohe Mißhandlungen und Beschimpfungen seitens des Mannes die Frau berechtigen können, die Rückkehr zum Manne zu verweigern, muß in der die beklagte Ehefrau verurteilenden Entscheidung der Berufungsinstanz eine Rechtsverletzung gefunden werden.

Der vorige Richter nimmt den Inhalt der Aussagen der Witwe W. als erwiesen an. Er geht zwar weiter davon aus, daß die hiernach dem Kläger zur Last fallenden Mißhandlungen einen bleibenden Gesundheitsnachteil seiner Frau nicht zugefügt haben, auch daß die Drohungen, welche Kläger bei den betreffenden Mißhandlungen und Beschimpfungen ausgestoßen, nicht ernst gemeint waren. Allein, auch wenn von diesen thatsächlichen Feststellungen des vorigen Richters ausgegangen wird, bleibt noch soviel Rohheit auf seiten des Klägers und eine so schmähliche Beschimpfung und körperlich empfindliche und entwürdigende Mißhandlung der beklagten Ehefrau übrig, welche während-

[1] Vgl. Richter, Kirchenrecht 7. Aufl. S. 1001; Walter, Kirchenrecht §. 253; Eichhorn, Kirchenrecht S. 479; Glück, Kommentar Bd. 26 S. 369; Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 189; Bd. 27 Nr. 36.

dessen teils im Zustande der Schwangerschaft, teils im Wochenbette sich befand, daß ihr auch bei Berücksichtigung ihrer Standes- und Bildungsverhältnisse nicht zugemutet werden kann, zu ihrem Ehemanne zurückzukehren. Die vom Kläger behauptete Versöhnung und Verzeihung kann hieran nichts ändern. Hat dieselbe in der Weise, wie Kläger vorbringt, stattgefunden, so bezieht sie sich nur auf dasjenige, was vor dem Mai 1879 sich zugetragen hat. Der Vorfall aber, den die Witwe W. vom August 1879 bezeugt, ist für sich allein betrachtet so schwerer Art und trägt, zumal er sich wenige Monate nach der ersten Mißhandlung der beklagten Ehefrau vom April 1879 zutrug, einen für diese so empfindlichen und gefährlichen Charakter an sich, daß ihr unerachtet des gedachten klägerischen Vorbringens genügende Gründe zur Seite stehen, die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit dem Kläger zu verweigern.

Hiernach ist das Urteil der Berufungsinstanz aufzuheben und das die Klage abweisende Urteil der ersten Instanz wiederherzustellen. Nach dem oben Bemerkten schließt diese Entscheidung nicht aus, daß der Kläger unter veränderten Verhältnissen seine Klage erneuern kann."

38. Pachtung eines Steinbruches oder Kauf der zu brechenden Steine?

III. Civilsenat. Urt. v. 19. November 1881 i. S. W. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 140/81.

I. Kreisgericht Limburg.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 2 S. 4 abgedruckt.

39. Kann ein in öffentlicher Versteigerung abgeschlossener Kauf von dem Käufer wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden?

III. Civilsenat. Urt. v. 29. November 1881 i. S. D. u. B. (Bekl.) w. Magistrat der Stadt L. (Kl.) Rep. III. 487/81.

I. Landgericht Detmold.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Frage ist verneint aus folgenden

Gründen:

„Die Zurückweisung der Einrede der Verletzung über die Hälfte gereicht den Revisionsklägern deshalb nicht zur Beschwerde, weil dieselbe bei Verkäufen in öffentlicher Versteigerung nicht zulässig ist. Diese Frage ist allerdings in der Doktrin und Praxis bestritten, es muß jedoch die Ansicht, daß bei den in öffentlichen Versteigerungen geschehenen Verkäufen dieses Rücktrittsrecht ausgeschlossen sei, gebilligt werden.

Es kann zwar auf das für diese Ansicht geltend gemachte Argument, daß derjenige Wert stets als der wahre angesehen werden müsse, welcher durch die öffentliche Versteigerung erzielt worden, entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil die Erfahrung lehrt, daß der bei öffentlichen Versteigerungen durch das Höchstgebot erreichte Kaufpreis dem allgemeinen Verkehrswerte der Sache nicht selten nicht entspricht. Es sind ferner die Stellen, welche für diese Meinung angezogen sind:

l. 5 Cod. de fide et jure hastae fisc. 10, 3; l. ult. Cod. si propter public. pensitat. vend. fuerit celebr. 4, 46; l. 8 Cod. de remiss. pignor. 8, 26,

nicht geeignet, eine Ausnahme von den allgemein die Aufhebung eines Kaufes wegen Verletzung über die Hälfte zulassenden Gesetzen:

l. 2. 8. Cod. de rescind. vend. 4, 44; c. 3. 6. X. de emt. et vend. 3, 17,

zu begründen, weil sie dieselbe für Verkäufe in öffentlicher Versteigerung nicht ausschließen, und weil sie nur von fiskalischen Versteigerungen sprechen und daher nicht allgemeine Anwendung auf alle öffentlichen Versteigerungen finden können. Die Annahme, daß der Käufer den in öffentlicher Versteigerung abgeschlossenen Kauf wegen Verletzung über die Hälfte nicht anfechten könne, findet aber darin ihre Begründung, daß das im römischen Rechte, aus Gründen, welche sich nur für den Verkäufer geltend machen, diesem wegen übermäßiger Verletzung gewährte Rücktrittsrecht zwar durch Gewohnheitsrecht auf den Käufer

erstreckt worden ist, daß aber in Beziehung auf die Frage, ob auch bei Versteigerungen dem Käufer dieses Anfechtungsrecht eingeräumt werden dürfe, ein die dagegen sich erhebenden Bedenken ausschließendes Gewohnheitsrecht nicht besteht; und daß es nicht gerechtfertigt erscheinen kann, die in Doktrin und Praxis bestehende Streitfrage zu Gunsten des Ersteigerers zu entscheiden, wenn man berücksichtigt, daß einerseits der letztere es regelmäßig sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er mit seinem Gebote über das Doppelte des wahren Wertes der Sache hinausgegangen ist, und insbesondere daß andererseits, wenn man dem Meistbietenden, welchem der Zuschlag erteilt ist, gestatten wollte, von dem Kaufe nachher wegen Verletzung über die Hälfte zurückzutreten, derselbe außerstande sein würde, den Versteigerer in die vorige Lage zurückzuversetzen, diesem vielmehr dadurch ein erheblicher Nachteil würde zugefügt werden, daß ihm die Möglichkeit entzogen worden, die Sache dem Bieter zuzuschlagen, welcher das dem Meistgebote vorhergehende Gebot abgegeben hatte, und daß mit einer Wiederholung der Versteigerung nicht unerhebliche Kosten verbunden sind."

---

40. Begriff der Anwesenheit und der Abwesenheit bei heutiger Anwendung der Vorschrift der Nov. 4 cap. 1 betr. die Beschränkung der Einrede der Vorausklage bei Anwesenheit des Bürgen und Abwesenheit des Hauptschuldners.

III. Civilsenat. Urt. v. 2. Dezember 1881 i. S. O. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. III. 485/81.

I. Landgericht Braunschweig.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die einem einfachen Bürgen der Regel nach zustehende Einrede der Vorausklage hat die Vorinstanz dem Beklagten versagt in Anwendung der Bestimmung der Nov. 4 cap. 1, nach welcher, wenn der Bürge anwesend und der Hauptschuldner abwesend ist, dem ersteren nur das — von dem Beklagten nicht in Anspruch genommene — Recht zusteht, die Klage dadurch vorläufig von sich abzuwenden, daß er inner-

halb einer von ihm zu erbittenden Frist den Hauptschuldner zur vorgängigen Ausklagung sistiert. Es fragt sich, ob die Voraussetzung dieser Bestimmung in dem vorliegenden Falle, wo die Gläubigerin in Dresden, der beklagte Bürge in Braunschweig und der Hauptschuldner in Wien wohnt, als vorhanden anzusehen ist. Die l. 199 Dig. de V. S. 50, 16 bezeichnet als abwesend denjenigen, welcher sich nicht an demjenigen Orte, an welchem die Klage anzustellen ist, aufhält (qui non est eo loci, in quo petitur); die l. 173 ebendas. spricht sich in Bezug auf die Stadt Rom näher dahin aus, daß abwesend ist, wer sich nicht in dem Stadtbezirke aufhält (qui extra continentia urbis est, abest) und die l. ult. §. 1 Cod. de praescr. longi temp. 7, 33 läßt den Wohnsitz in derselben Provinz maßgebend sein (si uterque domicilium in eadem habet provincia, causam inter praesentes esse videri). Die letztere Bestimmung bezieht sich speziell nur auf die verschiedene Dauer der Verjährung gegenüber Anwesenden und Abwesenden; dieselbe Definition wird aber auch in der Nov. 90 cap. 5 hinsichtlich des verschiedenen Verfahrens bei Vernehmung anwesender und abwesender Zeugen befolgt. Hinsichtlich der Vorschrift der Nov. 4 cap. 1 gehen nun die Meinungen in dieser Beziehung nach zwei Richtungen auseinander, indem man es einerseits auf den Aufenthalt in dem erstinstanzlichen Gerichtssprengel, welchem der Wohnort des Gläubigers angehört, und andererseits auf den Aufenthalt in derselben Provinz eines Staates, oder, wenn der Staat nicht in verschiedene Provinzen eingeteilt ist, in demselben Staate, oder auch (Seuffert, Archiv Bd. 19 Nr. 150) in dem Bezirke desselben obersten Gerichtshofes ankommen lassen will. Von beiden Seiten beruft man sich auf den Ausspruch der l. ult. §. 1 Cod. cit., indem man einerseits in den Vordergrund stellt, daß die römische Provinz ein einziger Gerichtssprengel war, und andererseits das entscheidende Gewicht auf ihre Eigenschaft eines dem Reiche unmittelbar untergeordneten großen Verwaltungsbezirkes legt. Allein man kann in den angeführten Stellen nur eine den damaligen Verhältnissen angepaßte Definition erblicken, und man darf daher, wenn auch davon auszugehen sein mag, daß dieselbe bei den Römern auch der Anwendung der Vorschrift der Nov. 4 cap. 1 zu Grunde gelegt worden ist, gegenwärtig sich für berechtigt halten, bei Anwendung dieser Vorschrift die Frage, wer im Sinne derselben als anwesend oder abwesend anzusehen ist, unter Berücksichtigung der heutigen gänzlich veränderten staat-

lichen, jurisdiktionellen und Verkehrsverhältnisse zu entscheiden aus dem in diesem Gesetze hervortretenden Grundgedanken, daß dem Bürgen die Rechtswohlthat der Vorausklage zu versagen ist, wenn die Ausklagung des Hauptschuldners wegen seines auswärtigen Aufenthaltes mit soviel größereren Schwierigkeiten verknüpft ist, als diejenige des anwesenden Bürgen, daß dem Gläubiger billiger Weise die Übernahme dieser Schwierigkeiten nicht zugemutet werden darf. Es ist nun gewiß aus diesem Gedanken auch heutigentags die Folgerung zu ziehen, daß derjenige, welcher einen anwesenden Bürgen hat, nicht genötigt werden kann, zunächst den in einem auswärtigen Staate wohnenden Hauptschuldner zu belangen, und somit sich einem fremden Prozeßrechte zu unterwerfen und dem anzugehenden Gerichte gegenüber sich in die meistens gesetzlich nachteilige Lage eines Ausländers zu versetzen. Wenn aber der Hauptschuldner in irgend einem anderen Orte des Heimatsstaates des Gläubigers wohnt und somit unter dem Schutze der Gesetze desselben Staates belangt werden kann, so können die mit seiner dortigen Ausklagung verbundenen Umständlichkeiten bei der heutigen Ordnung der Gerichtsverhältnisse und der gerichtlichen Vertretung, sowie bei den heutigen Verkehrseinrichtungen nicht für so erheblich gehalten werden, daß es gerechtfertigt wäre, dem Bürgen die ihm sonst zustehende Einrede der Vorausklage zu entziehen. Hieraus muß man weiter folgern, daß, seitdem die Verfassung des Deutschen Reiches (Art. 3) jedem Deutschen das Recht zusichert, in jedem deutschen Bundesstaate in betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes dem Inländer gleichgeachtet zu werden, und das Deutsche Reich nunmehr auch eine gemeinsame Gerichtsverfassung und Prozeßordnung besitzt, der Umstand, daß Gläubiger und Schuldner in verschiedenen Orten des Deutschen Reiches, und sei es auch in verschiedenen Bundesstaaten, wohnen, den letzteren nicht als abwesend im Sinne der Novelle betrachten lassen kann. Und diesem entsprechend muß auch der Bürge, welcher in einem anderen Bundesstaate wohnt, im Sinne dieses Gesetzes als ein anwesender Bürge behandelt werden. Hiernach ist die in Rede stehende Gesetzesbestimmung im vorliegenden Falle mit Recht angewandt worden."

41. Kann der Vormund einer wahnsinnigen Ehefrau für sie die Klage auf Scheidung oder zeitweilige Trennung der Ehe anstellen, insbesondere, wenn die Ehefrau den Willen, sich scheiden zu lassen, zu einer Zeit, als sie noch nicht entmündigt war, ausgesprochen hat?

III. Civilsenat. Urt. v. 16. Dezember 1881 i. S. G. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. III. 499/81.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Gastwirt G.'schen Eheleute in O. sind seit dem 29. September 1868 verheiratet. Am 27. Dezember 1876 erhob die Ehefrau G. die Scheidungsklage gegen ihren Mann wegen Ehebruches und Sävitien. Sie wurde in diesem Prozesse durch einen von ihr mit Vollmacht zur Anstellung der Scheidungsklage versehenen Anwalt vertreten. In erster Instanz erging ein Urteil nach dem Klagantrage. In zweiter Instanz machte der beklagte Ehemann geltend, daß seine Frau wahnsinnig sei. Das Berufungsgericht stellte auf Grund des von ihm erhobenen Beweises die Geisteskrankheit der Klägerin fest, und wies aus diesem Grunde die Klage ab. Demnächst ist auf Antrag des Staatsanwaltes die Ehefrau G. am 13. April 1880 entmündigt und ihr ein Vormund bestellt. Dieser klagt jetzt namens seines Mündels gegen deren Ehemann aus denselben Gründen, wie im Vorprozesse, auf Scheidung dem Bande nach, event. auf zeitweilige Trennung der Ehe. In zweiter Instanz machte er namentlich geltend, daß die Ehefrau G. ihren Willen, sich von dem Beklagten scheiden zu lassen, zu einer Zeit, als sie noch nicht entmündigt war, insbesondere auch durch Anstellung der Vorklage bethätigt habe. Beide Vorderrichter haben die Klage abgewiesen. Die von dem Vormunde eingelegte Revision ist vom Reichsgerichte verworfen.

Gründe:

„Die beiden Vorderrichter haben die Klage zurückgewiesen, weil der Vormund einer geisteskranken Ehefrau nicht befugt sei, für sie auf Scheidung oder zeitweise Trennung der Ehe zu klagen, auch nicht in dem Falle, daß die Ehefrau ihren Willen, sich scheiden zu lassen, vor der Entmündigung erklärt habe. Dieser Entscheidung muß beigestimmt werden.

Die preußische Vormundschafts-Ordnung vom 5. Juli 1875 (G.S. S. 431) bestimmt im §. 83, daß auf die Vormundschaft über Großjährige die Vorschriften des zweiten Abschnittes des Gesetzes entsprechende Anwendung finden. Damit ist dem Vormunde nicht bloß die Vermögensverwaltung, sondern auch die Sorge für die Person und die erforderliche Vertretung des Mündels, wie solche nach §. 27 dem Vormunde eines Minderjährigen obliegt, übertragen. Er wird jedoch durch diese Vorschrift nicht ermächtigt, für den Mündel auf Scheidung zu klagen. Schon das Gesetz selbst beschränkt seine Befugnis zur persönlichen Vorsorge für den Mündel teils zu Gunsten der Mutter — §. 28 —, teils durch die angeordnete Zustimmung des Vormundschaftsgerichtes — §. 42. Andere Beschränkungen, welche sich auf die Ausübung der höchst persönlichen Rechte beziehen, z. B. Errichtung von Testamenten, Abschluß der Ehe, hat das Gesetz zwar nicht ausdrücklich erwähnt, nichts desto weniger waltet kein Zweifel ob, daß bei diesen Rechten eine Vertretung durch den Vormund ausgeschlossen ist. Zur Ausübung solcher höchst persönlichen Rechte gehört auch die Anstellung der Scheidungsklage. Die Frage, ob wegen stattgehabter Verletzungen der ehelichen Pflichten eine Auflösung des Ehebandes herbeigeführt werden soll, hängt allein von dem Willen des gekränkten Ehegatten ab. Bei der Entscheidung hierüber giebt es keine Vertretung in dem Willen des Mündels. Dem Vormunde einer verheirateten Kurandin liegt zwar unbedenklich die Pflicht ob, die Person und das Vermögen seines Mündels gegen rechtswidrige Handlungen ihres Ehemannes zu schützen. Das Mittel, um diesen Zweck zu realisieren, bildet jedoch nicht die Ehescheidungsklage.

Das römische Recht ging ebenfalls von dem Grundsatze aus, daß von dem curator furiosi non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi geschützt werden solle. l. 7 pr. Dig. de curator. 27, 10. Dennoch versagte es dem Kurator die Befugnis, zum Schutze einer Ehefrau die Scheidung zu bewirken und verwies ihn auf andere rechtliche Aushilfe. So heißt es in l. 22 §. 7 Dig. soluto matr. 24, 3:

> eam personam, quae furore detenta est, quia sensum non habet, nuntium mittere non posse,

und in l. 4 Dig. de divortiis 24, 2:

> repudiare non posse, neque ipsam propter dementiam, neque curatorem ejus.

Dieselbe Entscheidung ist gemäß der auf analogen Grundlagen ruhenden preußischen Vormundschaftsordnung zu treffen.

Damit steht auch keineswegs in Widerspruch, daß der willensfähige Ehegatte die Scheidungsklage gegen den Vormund des nicht willensfähigen anzustellen befugt ist, denn die mangelnde Willensfähigkeit des letzteren kann den gesunden Ehegatten an der Geltendmachung der ihm zustehenden Rechte nicht hindern. Aus dem Umstande, daß der Vormund das höchstpersönliche Recht der Scheidung nicht ausüben darf, folgt nicht, daß er rechtlich behindert ist, gegen seinen Mündel erhobene Ansprüche abzuwehren.

An diesem Resultate ändert auch nichts der Umstand, daß die jetzt bevormundete Ehefrau G., wie Kläger behauptet, zu einer Zeit, als sie noch nicht geisteskrank war, den Willen erklärt hat, sich von dem Beklagten scheiden zu lassen. Denn durch eine angeblich mehrere Jahre (1874 und 1876) vor Anstellung dieses Prozesses abgegebene Erklärung wurde kein Recht für sie erworben, dessen Realisierung durch den klagenden Vormund erfolgt. Die Scheidungsklage bedingt den gegenwärtigen Willen der Klägerin, daß die Auflösung der Ehe eintreten soll, und dieser Wille wird durch die vor Einleitung des Prozesses abgegebene Erklärung nicht ersetzt.

Was von der definitiven Scheidung gilt, muß ebenso von dem event. Antrage des Klägers auf zeitweise Trennung gelten. Auch bei letzterer tritt eine Unterbrechung der wichtigsten ehelichen Beziehungen ein. Sie kann deshalb ebenfalls nur auf solche Gründe gestützt werden, aus denen eine wesentliche, nicht bloß eine vorübergehende Hinderung des ehelichen Zusammenlebens und des ehelichen Friedens gefolgert werden muß. Die Entscheidung, ob das durch solche Gründe gegebene Recht auf zeitweilige Trennung geltend gemacht werden soll, hängt allein von dem Willen des verletzten Ehegatten ab."

---

42. Recht des Gemeingebrauches öffentlicher Wege; kann durch die im Wege der Enteignung herbeigeführte Aufhebung eines öffentlichen Weges für diejenigen, welche an der Benutzung desselben interessiert sind, ein Entschädigungsanspruch begründet werden?

III. Civilsenat. Urt. v. 13. Januar 1882 i. S. W. (Kl.) w. Braunschweigische Eisenbahngesellschaft (Bekl.). Rep. III. 511/81.

I. Landgericht Braunschweig.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Gründe:

„Durch das bestätigende Urteil der Vorinstanz ist die Beklagte für schuldig erkannt worden, den Kläger zu entschädigen wegen der Umwege, die ihm hinsichtlich der Verbindung eines ihm gehörigen, in der Altenwieker Feldmark vor Braunschweig belegenen Grundstückes, auf welchem er ein Feuerwerkslaboratorium betreibt, mit seinem Wohnhause und mit der Stadt Braunschweig dadurch aufgenötigt worden sind, daß ihm die Befugnis der Benutzung des früheren kürzesten Verbindungsweges durch die auf Grund einer Verfügung des Herzoglichen Staatsministeriums erfolgte Aufhebung einer Strecke dieses Weges und ihrer Verwendung zur Anlegung der denselben durchschneidenden, jetzt der Beklagten gehörigen Eisenbahn entzogen worden ist.

Nach der Feststellung der Vorinstanz ist der fragliche Weg ein öffentlicher Weg. Es ist ferner festgestellt, daß derselbe im Eigentume der Altenwieker Feldmarksinteressentschaft, zu deren Interessenten der Kläger gehört, sich befindet; aber dieser Umstand ist in den Gründen der Vorinstanz nur beiläufig erwähnt, und es kann auch auf denselben ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil daraus ein dem Kläger für seine Person zustehender und von ihm in eigener Person geltend zu machender privatrechtlicher Anspruch auf Benutzung und Erhaltung des öffentlichen Weges nicht hergeleitet werden kann.

Die Vorinstanz führt zur Begründung ihrer Entscheidung aus:[1] Nach gemeinem Rechte sei das Recht auf ungehinderte Benutzung eines öffentlichen Weges für jeden, welcher an der Erhaltung desselben ein Vermögensinteresse nachweise, durch ein Klagerecht geschützt, und zwar, prohibitorisch, wie restitutorisch, gegen jedermann, der sich

[1] Beide Vorinstanzen beziehen sich auf eine in einem ähnlichen Falle von dem früheren Obergerichte zu Wolfenbüttel in dritter Instanz abgegebene gleiche Entscheidung, mitgeteilt in der braunschweig. Zeitschrift für Rechtspflege Bd. 26 S. 151 flg. D. E.

nicht auf eine Erlaubnis der zuständigen Behörde zu berufen vermöge, und folglich nicht gegen die zuständige Behörde selbst. Nach den Vorschriften der braunschweigischen Wegegesetzgebung könne nun aber die Aufhebung eines öffentlichen Weges der hier fraglichen Art nur erfolgen, wenn zuvor die Verwaltungsbehörde der betreffenden Feldmarksinteressentschaft und die städtischen Organe sich hiermit einverstanden erklärt haben. Im vorliegenden Falle sei dies ressortmäßige Verfahren nicht eingeschlagen worden; die Aufhebung der fraglichen Wegestrecke sei vielmehr erfolgt durch eine auf der Ausübung des Expropriationsrechtes beruhende Verfügung des Herzoglichen Staatsministeriums. Nach den Bestimmungen der Landesverfassung sei eine Expropriationsentschädigung zu gewähren nicht bloß in den Fällen der Enteignung von Grundeigentum und der Aufhebung von Dienstbarkeiten, sondern auch in allen Fällen der Entziehung von privatrechtlich geschützten Gerechtsamen und überhaupt der Beseitigung oder Beschränkung von Vermögensrechten. Demnach sei für den Kläger wegen der in der bezeichneten Weise geschehenen Aufhebung seines Rechtes auf Benutzung des fraglichen Weges der Anspruch auf Entschädigung begründet.

Aus den Ausführungen der Vorinstanz ergiebt sich, daß sie die von dem Herzoglichen Staatsministerium mittels der verfügten Enteignung der fraglichen Wegestrecke und deren Überweisung an die anzulegende Eisenbahn bewirkte Aufhebung des öffentlichen Weges in dieser Strecke als vermöge der dem Staatsministerium zuständigen Expropriationsbefugnis rechtsgültig ansieht.

Die Entscheidung der Vorinstanz über die Zuständigkeit der in Betracht kommenden Landesbehörden und über den Inhalt des landesrechtlichen Expropriationsrechtes ist gemäß §. 525 C.P.O. für die Revisionsinstanz bindend. Nach dem festgestellten Inhalte des letzteren Rechtes kann aber der erhobene Entschädigungsanspruch nur dann für begründet anerkannt werden, wenn anzunehmen ist, daß durch die so, wie geschehen, erfolgte Aufhebung der Wegestrecke dem Kläger ein ihm zustehendes Recht auf fernere Benutzung derselben entzogen worden sei, mit anderen Worten, daß dem Kläger ein solches Recht zugestanden habe. Diese Frage ist aus den Bestimmungen des gemeinen Rechtes über die Beschaffenheit des Rechtes der Benutzung öffentlicher Wege

zu beurteilen, und insoweit ist daher das angefochtene Urteil gemäß §. 511 C.P.O. der Nachprüfung durch das Revisionsgericht unterworfen.

Es kann nun zwar der von der Vorinstanz in dieser Beziehung als Ausgangspunkt ihrer Ausführungen aufgestellte Rechtssatz im wesentlichen als richtig anerkannt werden; aber die Vorinstanz hat rechtsirrtümlich gefehlt, indem sie bei der Anwendung desselben das Recht auf Benutzung eines öffentlichen Weges mit einem Rechte auf Erhaltung desselben identifiziert und ferner den Umstand, daß die Aufhebung der Wegestrecke durch eine — zwar nicht nach den Vorschriften der Wegegesetze, aber doch nach dem geltenden Expropriationsrechte — zuständige Behörde rechtswirksam erfolgt ist, außer acht gelassen hat.

Das an öffentlichen Wegen jedermann zustehende Recht, welches, obgleich es publizistischer Natur ist, nach gemeinem Rechte auch privatrechtlich durch ein den interessierten Personen zustehendes, auf Abwehr von Störungen und Behinderungen, Wiederherstellung des früheren Zustandes und Schadensersatz gerichtetes Klagerecht geschützt ist,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 1 Nr. 59 S. 158,

besteht nur in dem Rechte des Gebrauches (Gemeingebrauches) der öffentlichen Wege. Den Gegenstand desselben bilden also die vorhandenen öffentlichen Wege; dasselbe ist daher hinsichtlich eines bestimmten Weges dadurch bedingt, daß ein solcher öffentlicher Weg existiert, und folglich nur für so lange begründet, als derselbe in dieser Eigenschaft existiert. Ein Recht, dem Gemeinwesen und dessen zuständigen Organen gegenüber zu beanspruchen, daß das gegenwärtig einen öffentlichen Weg bildende Areal für alle Zeit dem Gemeingebrauche als öffentlicher Weg belassen werde, läßt sich aus dem Rechte des Gebrauches der öffentlichen Wege nicht herleiten und ist auch in den Quellen des gemeinen Rechtes nicht anerkannt.

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 Nr. 49 S. 173.

Ist demnach denjenigen, welche an dem Gebrauche eines vorhandenen öffentlichen Weges interessiert sind, weder ein eine etwaige künftige, von einer zuständigen Behörde zu verfügende Aufhebung dieses Weges überdauerndes Recht auf den Gebrauch desselben, noch auch das Recht, der Aufhebung desselben zu widersprechen, zuzuschreiben, so kann auch in der Aufhebung des Weges nicht die Entziehung eines den Gebrauchsinteressenten zustehenden Rechtes auf die fernere Be-

mutzung des Weges und überhaupt nicht ein Eingriff in ein bestehendes Gebrauchsrecht gefunden werden. Die von einer zuständigen Behörde verfügte Aufhebung eines öffentlichen Weges setzt vielmehr dem Rechte auf den Gebrauch desselben dadurch ein Ende, daß sie dieses Recht vermöge der Ausübung des überwiegenden, der Behörde zustehenden Rechtes gegenstandslos macht.

Daß im vorliegenden Falle die Aufhebung des öffentlichen Weges in der fraglichen Strecke nicht auf einer Verfügung oder Zustimmungserklärung der nach den Wegegesetzen zuständigen Stellen beruht, sondern von dem Herzoglichen Staatsministerium vermöge der demselben zustehenden Expropriationsbefugnis mittels der Enteignung der Wegestrecke und ihrer Überweisung an die anzulegende Eisenbahn angeordnet worden ist, kann der Rechtswirkung dieser Maßregel keinen Abbruch thun. Wenn auch durch die vorgenommene Enteignung, nach dem feststehenden Inhalte des Landesrechtes, ein Entschädigungsanspruch für alle diejenigen, welchen hierdurch eine Rechtsentziehung zugefügt wurde, begründet ist, so hat doch dem Obigen nach der Kläger durch dieselbe eine Rechtsentziehung nicht erlitten; ein etwaiger Entschädigungsanspruch kann nur begründet worden sein für die Altenwieker Feldmarksinteressentschaft, welcher die ihr eigentümlich gehörige Wegestrecke entzogen worden ist.

Hiernach ist die Klage, unter Aufhebung der Erkenntnisse beider Vorinstanzen, als unbegründet abzuweisen."

---

43. Erhalten die Kinder einer früheren Ehe durch die Einkindschaft ein durch letztwillige Verfügungen des Stiefparens nicht zu beschränkendes Erbrecht oder haben sie nur ein Pflichtteils- und Noterbenrecht?

III. Civilsenat. Urt. v. 7. Januar 1882 i. S. M. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. III. 502/81.

I. Landgericht Verden.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die mit dem herrschaftlichen Brinksitzer L. M. zu H. verheiratet gewesene A. M. verheiratete sich im Jahre 1849, nach dem Tode ihres

ersten Ehemannes, mit G. F. M. aus L. Sie errichtete mit demselben am 24. November 1849, unter Zuziehung der Vormünder des damals sieben Jahre alten Kindes erster Ehe, des jetzigen Beklagten, eine Ehestiftung. In derselben wurde u. a. bestimmt, daß der zweite Ehemann der M. bis zum 25. Lebensjahre des Stellanerben die Brinksitzerstelle zur Interimsbewirtschaftung erhalte, daß die Verlobten, mit Vorbehalt der Rechte des Kindes erster Ehe der Braut, auf den kinderlosen Todesfall die landesübliche Regel „längst Leib längst Gut" bestimmen und in allgemeiner Gütergemeinschaft leben wollen, und heißt es dann in §. 4:

„Hinsichtlich der aus vorstehender Ehe etwa entsprießenden Kinder und des Kindes der Braut erster Ehe wird mit obervormundschaftlicher Genehmigung wegen des beiderseitigen väterlichen Allodialvermögens völlige Einkindschaft hiermit errichtet."

Die obervormundschaftliche Genehmigung ist erfolgt. Die zweite Ehe war unbeerbt. Nachdem die Frau zuerst verstorben, starb im Januar 1880 der Ehemann G. F. M. In einem am 16. August 1879 errichteten Testamente hat derselbe seinen Stiefsohn, den Beklagten, zum Universalerben, mit der Bestimmung ernannt, daß er dem Bruder des Testators, dem jetzigen Kläger, gleich nach seinem Tode ein Legat von 2100 ℳ auszahlen solle. Gestützt auf dieses Testament forderte Kläger von dem Beklagten die Zahlung des Legates. Beklagter bestritt die Gültigkeit der fraglichen letztwilligen Verfügung wegen des ihm aus dem Einkindschaftsvertrage zustehenden Rechtes an dem Nachlasse des Testators, und beantragte eventuell ihn nur zur Zahlung nach Abzug des Pflichtteiles und der Falcidischen Quart zu verurteilen. Das Landgericht wies die Klage ab, indem es davon ausging, daß dem Stiefparens nicht das Recht zustehe, die eingekindschafteten Kinder auf den Pflichtteil zu beschränken. Das Oberlandesgericht nahm dagegen an, daß der gegen die Gültigkeit des Legates erhobene Einwand unbegründet sei, jedoch dem Beklagten ein Anspruch auf den Pflichtteil und die Falcidische Quart zustehe.

Auf von dem Beklagten erhobene Revision ist das Urteil des Oberlandesgerichtes aufgehoben und die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht verwirft den vom Beklagten auf Grund

des Einkindschaftsvertrages vom 24. November 1849 gegen die Gültigkeit des vom Kläger geltend gemachten Vermächtnisses erhobenen Einwand und nimmt, abweichend von dem Landgerichte V. an, daß der Anspruch des Klägers auf das eingeklagte Legat durch das anerkannte Testament des Stiefvaters des Beklagten begründet werde aus folgenden Gründen:

Wenngleich die Meinungen geteilt seien, ob gemeinrechtlich die Einkindschaft als Erbvertrag anzusehen, infolgedessen dem dieselbe eingehenden Stiefparens die Möglichkeit, über seinen Nachlaß letztwillig zu verfügen, genommen sei, so sprechen doch überwiegende Gründe für die Verneinung dieser Frage.

Der Zweck des Einkindschaftsvertrages, welcher das Mittel sein solle, die Zerlegung des Ehevermögens abzuwenden und die Nachforschung nach dem Ursprunge seiner einzelnen Bestandteile zu beseitigen, sei darauf gerichtet, den von dem einen Ehegatten aus einer früheren Ehe in die neue Ehe eingebrachten Kindern dieselben Vermögensrechte gegen den Stiefparens einzuräumen, wie sie Kindern ihren leiblichen Eltern gegenüber zustehen.

Hieraus folge, daß, sofern nicht in den einzelnen Verträgen spezielle abweichende Festsetzungen enthalten seien, die unierten Kinder bei dem gesamten Nachlasse des Stiefparens in gleicher Weise, wie seine leiblichen Kinder als Erben konkurrieren müssen. Wie der Vater durch die Existenz eigener Kinder nicht an der Errichtung eines Testamentes behindert sei, so sei auch das den Stiefkindern durch die Einkindschaft eingeräumte Erbrecht, soweit nicht das ihnen gleicherweise wie den leiblichen Kindern zukommende Noterbrecht mit Pflichtteilsberechtigung alteriert werde, kein unbeschränktes.

Der Berufungsrichter stützt seine Entscheidung also nicht auf die speziellen Bestimmungen des Einkindschaftsvertrages vom 24. November 1849, sondern auf allgemeine, aus dem Wesen und der rechtlichen Natur der Einkindschaft entnommene Rechtssätze, indem er, in Übereinstimmung mit einer in der Doktrin und Praxis allerdings vielfach vertretenen Ansicht, davon ausgeht, daß im Zweifel, d. h. wenn in dem betreffenden Vertrage spezielle, abweichende Bestimmungen nicht enthalten sind, die eingekindschafteten Kinder ein durch letztwillige Verfügungen des Stiefparens unantastbares, vertragsmäßiges Erbrecht nicht erlangen, die Testierfreiheit des Stiefparens vielmehr nicht weiter beschränkt sei,

als bei seinen leiblichen Kindern, den unierten Kindern also nur ein Noterbrecht und Pflichtteilsberechtigung zustehe. Diese Ansicht kann jedoch nicht gebilligt werden.

Keinem Zweifel kann es unterliegen, daß für die Frage, welche Rechte, bezw. Verpflichtungen durch die Einkindschaft für die unierten Kinder bezw. den Stiefparens begründet werden, zunächst und vor allem der Inhalt des Einkindschaftsvertrages selbst maßgebend ist, indem der Wille der Kontrahenten darüber entscheidend ist, wie die vermögensrechtlichen Verhältnisse der unierten Kinder geordnet werden sollen, ob ihnen insbesondere ein unentziehbares Erbrecht hat gegeben werden oder ob sie nur die Rechte haben erhalten sollen, welche sie als Kinder aus der neuen Ehe haben würden. Der vorliegende Einkindschaftsvertrag enthält aber, wie auch das Berufungsgericht angenommen hat, in dieser Richtung keine näheren Festsetzungen, da er nur bestimmt, daß zwischen dem Kinde erster Ehe und den aus der zweiten Ehe etwa entsprießenden Kindern „wegen des beiderseitigen väterlichen Allodialvermögens völlige Einkindschaft errichtet werde". Es muß daher und da es an partikularrechtlichen Normen fehlt, nach den aus dem Wesen und der rechtlichen Natur der Einkindschaft sich ergebenden Grundsätzen, unter Berücksichtigung der vorliegenden Güterverhältnisse, festgestellt werden, welche Bedeutung jener Vertragsstipulation beizulegen sei, welche Wirkung in vermögensrechtlicher und insbesondere, was hier interessiert, in erbrechtlicher Beziehung die Errichtung der Einkindschaft hat.

In der Doktrin und Praxis gehen die Meinungen über die rechtliche Natur der Einkindschaft und ihre Wirkungen sehr auseinander, und es ist insbesondere in hohem Grade bestritten, ob dem Stiefparens im Zweifel die Befugnis einzuräumen sei, durch letztwillige Verfügungen das den unierten Kindern zustehende Erbrecht auf den Pflichtteil zu beschränken und dieselben aus den gesetzlichen Gründen zu enterben.[1]

[1] Für die Testierfreiheit u. A.: Ringelmann, Einkindschaft §§. 24. 33; Mittermaier, Deutsch. Pr.R. §. 370; Maurenbrecher, Deutsch. Pr.R. II. §. 514; Bluntschli, Deutsch. Pr.R. §. 219; Beseler, Deutsch. Pr.R. §. 145; Erbverträge II. 2. S. 185; Gengler, Deutsch. Pr.R. II. S. 860 flg. 895; Lewis in v. Holtzendorff's Rechtslexikon S. 454; Eichhorn, Deutsch. Pr.R. §. 348; Obertribunal Berlin, Striethorst, Archiv Bd. 43 S. 99; O.A.G. Berlin, Seuffert Bd. 25 Nr. 138; Kiel, Seuffert Bd. 5 Nr. 198; Oldenburg, Seuffert Bd. 23 Nr. 232; Lübeck, Gries, Kommentar zum Hamburger Stadt-

Abgesehen von der Adoptions- und Kommunionstheorie stehen sich vorzugsweise zwei Meinungen entgegen. Die Anhänger der Filiationstheorie, welche davon ausgehen, daß Zweck und Wirkung der Einkindschaft darin bestehe, zwischen dem Stiefparens und den eingekindschafteten Kindern ein Rechtsverhältnis zu begründen, wie es zwischen dem parens und seinen leiblichen Kindern besteht, und daß infolge davon ein Erbrecht für die unierten Kinder begründet werde, wie es den leiblichen Kindern des Stiefparens zusteht, nehmen meistens an, daß, wie der leibliche parens, so auch der Stiefparens die Vorkinder, gleich seinen leiblichen Kindern, auf den Pflichtteil setzen und sie enterben könne. Die Anhänger der Erbvertragstheorie sind dagegen in ihrer Mehrzahl der Ansicht, daß den Kindern der früheren Ehe durch den Einkindschaftsvertrag ein Recht auf Beerbung der Ehegatten der ferneren Ehe vertragsmäßig in der Art zugesichert werde, daß sie den Erbteil erhalten sollen, welchen sie gesetzlich erhalten haben würden, wenn sie aus dieser letzten Ehe entsprossen wären, und daß dieses Erbrecht durch letztwillige Dispositionen des Stiefparens ihnen weder ganz entzogen, noch beschränkt werden könne, während einzelne Anhänger dieser Theorie dem Stiefparens nur das Recht der Enterbung, nicht der Minderung des Erbteiles auf den Pflichtteil versagen, und umgekehrt einzelne Anhänger der Filiationstheorie das Recht des Stiefparens, die unierten Kinder zu enterben, verneinen.

In den Fällen, wo das Partikularrecht keine auf Begründung eines Kindesverhältnisses hinweisende Bestimmungen enthält, und in welchen, im Anschluß an eine gesetzlich bestehende oder vertragsmäßig eingeführte Gütergemeinschaft, zwischen dem zur weiteren Ehe schreitenden Ehegatten und dessen Ehegatten einerseits und den Kindern der früheren Ehe, bezw. deren Vormündern andererseits ein Vertrag geschlossen wird, durch welchen ohne nähere Bestimmung der beiderseitigen Rechte und Verpflichtungen schlechthin die Einkindschaft der Kinder aus der früheren Ehe vereinbart wird, muß der zweiten der vorerwähnten Ansichten der

---

recht Bd. 2 S. 265; Darmstadt, Arch. für prakt. Rechtswissensch. Bd. 10 S. 302. — Gegen die Testierfreiheit u. A.: Tafinger, Einkindschaft §. 35; Hertel, Einkindschaft §§. 16. 17; Runde, Deutsch. Pr.R. §. 676; Walter, Deutsch. Pr.R. §. 248; Gerber, Deutsch. Pr.R. §. 262; Roth, Deutsch. Pr.R. Bd. 2 §. 157; O.A.G. Celle, Seuffert Bd. 13 Nr. 108; Jena, Seuffert Bd. 22 Nr. 52; München, Blätter für Rechtsanwendung Bd. 12 Nr. 82. D. E.

Vorzug gegeben werden. Die Abschließung des Einkindschaftsvertrages bezweckt wesentlich die bei der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten notwendige Vermögensabteilung mit den Kindern der früheren Ehe und die nicht selten durch diese für den überlebenden Ehegatten, wie die Kinder entstehenden Nachteile zu verhüten, und es hat daher das Institut der Einkindschaft auch vorzugsweise in solchen Gebieten Anwendung gefunden, wo nach dem dort geltenden ehelichen Güterrechte eine Abteilung (Schichtung) mit den Kindern der früheren Ehe bei der Wiederverheiratung eintreten muß. In dem Einkindschaftsvertrage ist einerseits ein Verzicht der Kinder der früheren Ehe auf den ihnen zustehenden Anspruch auf Abschichtung, bezw. auf das Vermögen ihres verstorbenen parens, andererseits ein Erbvertrag zwischen den unierenden Eltern und den unierten Kindern auf Gleichstellung der von dem einen Ehegatten aus der früheren Ehe eingebrachten Kinder mit den aus der weiteren Ehe zu erwartenden Kindern im Erbrecht enthalten. Gegen Aufgabe des den Kindern der früheren Ehe zustehenden gegenwärtigen und realisierbaren Anspruches auf Ausscheidung und Überweisung eines bestimmten Vermögensteiles, erhalten sie als Äquivalent ein vertragsmäßiges Erbrecht auf den Erbteil, welcher sich aus der Konkurrenz der Kinder der ferneren Ehe ergiebt. Dieses Rechtsgeschäft ist, abgesehen von den Fällen, in denen aus der früheren Ehe ein Aktivvermögen nicht vorhanden ist, stets für die Kinder aus dieser Ehe ein gewagtes, insofern sie ein bereits bestehendes und realisierbares Recht aufgeben und ein künftiges, durch Erleben des Erbfalles bedingtes Recht erhalten, dessen Umfang ungewiß ist, da sowohl die durch die Zahl der aus der ferneren Ehe entstehenden Kinder sich bestimmende Erbquote, als der Vermögensbestand zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles ungewiß sind. Die Partikularrechte enthalten daher auch meistens besondere Vorschriften über die bei Abschluß der Einkindschaftsverträge, namentlich wenn die Kinder der früheren Ehe minderjährig sind, behufs ihrer Sicherung vor Benachteiligung zu beachtenden Kautelen. Die Gefahr für die Kinder der früheren Ehe würde aber noch bedeutend sich vergrößern, wenn es dem Stiefparens gestattet wäre, durch letztwillige Verfügungen zu Gunsten seiner leiblichen Kinder oder dritter Personen die eingekindschafteten Kinder auf den Pflichtteil zu beschränken. Nach dem angegebenen Zwecke und der Veranlassung der Einkindschaft muß im Zweifel, wenn weder das Partikularrecht, noch der Inhalt des Ein-

kindschaftsvertrages dem Stiefparens die Testierfreiheit wie bezüglich seiner leiblichen Kinder gewähren, der in dem Einkindschaftsvertrage enthaltene Erbvertrag dahin als geschlossen angesehen werden, daß den Vorkindern vertragsmäßig dasselbe Erbrecht eingeräumt werde, welches den leiblichen Kindern gesetzlich zusteht, daß Gegenstand des vertragsmäßigen Erbrechtes der Intestaterbteil, nicht bloß der Pflichtteil sei.

Das angefochtene Urteil beruht daher auf der Verletzung des Gesetzes, indem der gegen die Gültigkeit des der Klage zu Grunde liegenden Vermächtnisses erhobene Einwand deshalb zurückgewiesen wird, weil der Stiefparens durch die Einkindschaft an der Errichtung eines Testamentes nicht verhindert und das den Stiefkindern durch die Einkindschaft eingeräumte Erbrecht kein unbeschränktes sei, sofern nur das Pflichtteilsrecht nicht verletzt werde.

Das Urteil des Berufungsgerichtes war deshalb aufzuheben." ...

---

44. 1. Ist eine Veräußerung, welche gegen den §. 288 St.G.B. verstößt, notwendig auch ein civilrechtlich unwirksames Rechtsgeschäft?
2. Angabe der Gründe für die richterliche Beweiswürdigung.

III. Civilsenat. Urt. v. 31. Januar 1882 i. S. H. C. V. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. III. 527/81.

I. Landgericht Hanau.
II. Oberlandesgericht Kassel.

Aus den Gründen:

..."Der Beklagte hat den Kaufvertrag vom 20. Oktober 1880 als ein ungültiges, weil gegen den §. 288 St.G.B. verstoßendes Rechtsgeschäft angefochten, und der Berufungsrichter hat diese Anfechtung zurückgewiesen, weil die Vorschrift dieses Paragraphen als eine selbständige, noch neben den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 fortwirkende Grundlage des Rechts der Anfechtung benachteiligender Handlungen eines Schuldners nicht ferner in Betracht kommen könne. Die Richtigkeit dieser Argumentation kann unerörtert bleiben, jedenfalls ist die Entscheidung selbst aus einem anderen Grunde zu billigen.

Allerdings ist ein gesetzlich verbotenes Rechtsgeschäft nichtig, auch wenn das Verbot dem Civilrechte nicht angehört, sondern durch Strafandrohung im Strafgesetzbuche zum Ausdruck gebracht ist. Allein die Anwendung dieser Regel setzt voraus, daß der Gesetzgeber ein Rechtsgeschäft in irgend einer Form verboten hat und ein solches Verbot läßt sich aus dem erwähnten Paragraphen des Strafgesetzbuches nicht entnehmen. Denn indem derselbe bestimmt:

„Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert oder beiseiteschafft, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft",

hat er keineswegs ein Rechtsgeschäft durch seine Strafandrohung als ein verbotenes gekennzeichnet, sondern Handlungen mit Strafe bedroht, welche durch Vollziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäftes begangen werden können. In diesem Falle ist es nicht das Rechtsgeschäft, sondern es sind die Umstände, unter denen, und die Absicht, in welcher es abgeschlossen wird, gegen die sich die Strafandrohung richtet. Eine allgemeine Rechtsregel aber, derzufolge jedes Rechtsgeschäft stets für nichtig erklärt werden müßte, wenn es unter Umständen und in einer Absicht abgeschlossen worden, welche den so Handelnden straffällig machen, enthält das gemeine Recht nicht.

Der Berufungsrichter hat ausgesprochen; nach der gesamten Sachlage sei unerwiesen, daß der Kläger die fraudulöse Absicht der S.'schen Eheleute gekannt habe. Mit Unrecht glaubt der Beklagte in diesem Ausspruch eine Verletzung des §. 259 Satz 2 und §. 513 Nr. 7 C.P.O. zu finden.

Indem der Satz 2 des erstgenannten Paragraphen vorschreibt, daß in dem Urteile die Gründe anzugeben seien, welche für die richterliche Beweiswürdigung leitend gewesen sind, will er, wie die Motive zur Civilprozeßordnung hervorheben, eine sorgfältige Abwägung der für die Überzeugung des Richters bestimmenden Gründe sichern und dadurch Mißbräuchen vorbeugen, welche das Prinzip der freien Beweiswürdigung in seiner praktischen Anwendung ermöglicht. Offenbar kann diese Prozeßvorschrift verletzt erscheinen, wenn für eine bestimmte Beweisannahme gar keine Gründe angeführt sind, wenn dieselbe nur gelegentlich erwähnt wird und wenn hieraus oder aus der Art der gegebenen Begründung positiv erhellt, daß der Richter mit Hintansetzung der vom Gesetz ge-

botenen Sorgfalt zu Werke gegangen ist. Andererseits leuchtet aber auch ein, daß nicht schon jede oberflächliche, lückenhafte, zu unbestimmt und allgemein gehaltene Darlegung der Beweisgründe eine revisible Gesetzesverletzung involviert. Hier kommt namentlich in Betracht, daß das richterliche Urteil in Beweisfragen sich häufig aus einer ganzen Reihe einzelner Momente zusammensetzt, welche sämtlich aufzuführen oftmals kaum möglich ist, jedenfalls vom Gesetze nicht gewollt sein kann. Ob die gedachte Prozeßvorschrift verletzt, ist mithin ausschließlich nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen. In dem gegenwärtig vorliegenden Falle hat der Berufungsrichter zunächst das Ergebnis der Verhandlungen nach seiner Auffassung dargestellt, hieraus die Überzeugung abgeleitet, daß die S.'schen Eheleute in fraudulöser Absicht gehandelt haben und hieran die weitere Bemerkung geknüpft, daß „nach der gesamten Sachlage" die Kenntnis dieser Absicht von seiten des Klägers nicht als vollständig erwiesen angenommen werden könne. Mit der in Bezug genommenen „Sachlage" hat der vorige Richter nichts anderes als den von ihm selbst dargestellten Sachverhalt gemeint, seine eben erwähnte Bemerkung ist also dahin zu verstehen, daß in letzterem die genügenden Beweisgründe für die fragliche Kenntnis des Klägers nicht zu finden seien. So aufgefaßt ist in dem angefochtenen Ausspruch weder eine Verletzung des §. 259, noch der in §. 513 Nr. 7 C.P.O. hervorgehobene Verstoß zu erkennen." ...

---

45. Intestaterbrecht der Adoptivkinder und ihrer Descendenten an dem Nachlasse des Adoptivvaters.

III. Civilsenat. Urt. v. 15. November 1881 i. S. Sch. u. Gen. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. III. 474/81.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Heinrich R. hatte durch landesherrliches Reskript seine uneheliche Tochter arrogiert. Letztere hatte sich späterhin verheiratet und war mit Hinterlassung von Kindern noch bei Lebzeiten ihres Adoptivvaters ge-

ſtorben. Nach dem Tode des Heinrich R. beanſpruchten dieſe Kinder deſſen Nachlaß, welcher ihnen jedoch von dem Beklagten, einem Seitenverwandten des R., ſtreitig gemacht wurde.

Das Landgericht verurteilte den Beklagten, indem es davon ausging, daß die klagenden Kinder jure repraesentationis an die Stelle ihrer Mutter getreten ſeien, deren Adoptivverwandtſchaft mit Heinrich R. und folgeweiſe deren Inteſtaterbrecht an deſſen Nachlaß durch ihre Verheiratung nicht erloſchen ſei, weil das durch die Adoption begründete Verhältnis infolge einer ſog. deutſchrechtlichen Emanzipation nicht aufgehoben werde.

Das Oberlandesgericht wies die Klage ab aus folgenden Gründen:

Nach gemeinem Rechte begründe die Annahme an Kindesſtatt die Agnation und, inſoweit ſie die Agnation begründe und für deren Dauer, auch die Rechte der Kognation mit dem auf der Kognation beruhenden Inteſtaterbrechte. Durch die Annahme an Kindesſtatt ſei daher zwar die Mutter der Kläger Agnatin und eventuelle Inteſtaterbin des Heinrich R., ihres Adoptivvaters, geworden, ihre ſpäter erzeugten Kinder, die Kläger, ſeien aber, da ſie mit ihrer Mutter nicht agnatiſch verwandt ſeien, auch zu dem R. in kein Agnations- und folgeweiſe in kein Inteſtaterbrechtsverhältnis getreten. Der vom Landgerichte aufgeſtellte Satz, daß an die Stelle der Mutter der Kläger, da ſie bei Lebzeiten des Adoptivvaters geſtorben, jure repraesentationis ihre Deſcendenten, die Kläger, getreten ſeien, widerlege ſich dadurch, daß die dem Grade nach entfernteren Deſcendenten nicht aus dem Rechte ihres erſtverſtorbenen parens, ſondern kraft eigenen Rechts zur Erbfolge gelangen. Auch finde jener Satz in der l. 27 Dig. de adopt. 1, 7 keine Rechtfertigung. Denn dieſe Geſetzesſtelle ſpreche ausdrücklich nur von der Deſcendenz eines Adoptivſohnes, wogegen die Frage, wie es ſich mit der Deſcendenz einer Adoptivtochter verhalte, ſich von ſelbſt dadurch beantworte, daß die ehelichen Deſcendenten einer ſolchen zu deren Adoptivvater niemals in einem Agnationsverhältniſſe geſtanden haben.

Das Reichsgericht hob das Urteil der zweiten Inſtanz auf und wies die Berufung gegen das Urteil der erſten Inſtanz zurück aus folgenden

Gründen:

„Es handelt ſich im vorliegenden Falle um die Frage, ob den Deſcendenten einer an Kindesſtatt angenommenen Tochter dem Adoptivvater der letzteren gegenüber ein Inteſtaterbrecht zuſteht.

Die Vorinſtanz hat dieſe Frage in Gemäßheit der Beſtimmungen des römiſchen Rechtes verneint, weil die ehelichen Deſcendenten einer Adoptivtochter zu deren Adoptivvater niemals in einem Agnationsverhältniſſe geſtanden hätten.

Die gegen dieſe Entſcheidung eingelegte Reviſion erſcheint begründet. Wenn auch die Adoption kein urſprünglich deutſchrechtliches Inſtitut iſt, ſo folgt doch daraus nicht, daß ſie in ihrer römiſchrechtlichen Eigentümlichkeit als ein zum Erwerbe der väterlichen Gewalt dienender und letztere zum Ausgangspunkt für das dadurch begründete Erbrecht nehmender Rechtsakt in Deutſchland Aufnahme gefunden hat. Schon das römiſche Recht hatte mit der Einführung der adoptio minus plena und der ausnahmsweiſen Geſtattung der Adoption durch eine Frau eine Annahme an Kindesſtatt zugelaſſen, durch welche väterliche Gewalt nicht begründet wurde. Und während demſelben in Deutſchland in dem Erbvertrage ein deutſchrechtliches Inſtitut begegnet iſt, welches durch die Geſtattung einer vertragsmäßigen Feſtſtellung des Erbrechtes dem Willen der Beteiligten auch bei der Adoption eine dem römiſchen Rechte unbekannte Bedeutung einräumt, hat andererſeits die römiſchrechtliche Lehre von der väterlichen Gewalt in ihrer mit großer prinzipieller Konſequenz durchgeführten Geſtalt, in der ſie innerhalb des auf ihr beruhenden Familienverbandes die Grundlage und die Bedingung für das Erbrecht der durch Adoption in die väterliche Gewalt des Adoptivvaters Gelangten bildete, in Deutſchland nicht Eingang gefunden.

Dementſprechend muß man für das heutige Recht davon ausgehen, daß die Begründung eines Kindesverhältniſſes als der eigentliche Zweck der Adoption anzuſehen iſt, die Begründung der väterlichen Gewalt dagegen, wo ſie nach den konkreten Verhältniſſen zur Entſtehung gelangen kann, mit der ihr jetzt noch zukommenden rechtlichen Bedeutung nur als Folge des durch die Adoption begründeten Kindesverhältniſſes eintritt, daß alſo, abgeſehen von anderweitiger vertragsmäßiger Feſtſtellung, dem Adoptierenden gegenüber für die Adoptierten und ihre ehelichen Nachkommen ein von dem Exiſtentwerden der väterlichen Gewalt unabhängiges Erbrecht begründet wird."

46. Widerruf korrespektiver Testamente.

III. Civilsenat. Urt. v. 24. Februar 1882 i. S. der Erben des Fr. S. (Bekl.) w. Tr. (Kl.) Rep. III. 553/81.

I. Landgericht Wiesbaden.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Franz S. und seine Ehefrau hatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet, worin sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten und zugleich für den Todesfall des überlebenden Ehegatten bestimmten, daß nach Abzug einiger Legate der Gesamtnachlaß zu $^3/_5$ an den beiderseitigen Neffen Fr. S. und zu $^2/_5$ an die Geschwister desselben, bezw. an deren Erben fallen solle. Nach dem Ableben der Ehefrau hat der Ehemann S. die ihm aus dem Testamente deferierte Erbschaft angetreten, demnächst aber ein weiteres Testament errichtet, in welchem er seine Intestaterben einsetzte und den wertvollsten Teil des Nachlasses, ein Haus, der Klägerin als Ersatz für geleistete Dienste vermachte, dessen Herausgabe die letztere von den S.'schen Erben, welche auf Grund des ersten Testamentes die Erbschaft angetreten hatten, mittels gerichtlicher Klage verlangte.

Die Richter erster und zweiter Instanz waren einstimmig darin, daß der einseitige Widerruf eines korrespektiven Testamentes, als welches das von den S.'schen Eheleuten errichtete Testament unzweifelhaft zu betrachten, jedem Testator bis zu seinem Tode gestattet sei und daß ein solcher Widerruf die nachträgliche Aufhebung des betreffenden Testamentes in der Weise bewirke, das dasselbe als nicht errichtet anzusehen sei und nicht etwa durch Verwandlung in ein Erbschaftsvermächtnis indirekt aufrecht erhalten werde.

Das Reichsgericht hob das Berufungsurteil als auf Rechtsirrtum beruhend auf und wies die Klage ab aus folgenden

Gründen:

„Indem die Vorinstanz davon ausgeht, daß der verstorbene Franz S., obwohl er nach dem Tode seiner Frau deren Erbschaft auf Grund des mit ihr errichteten korrespektiven Testamentes angetreten, doch an die in diesem Testamente für den Fall des Todes des Längstlebenden gemeinsam getroffene letztwillige Verfügung nicht gebunden gewesen,

stützt sie ihre Entscheidung nicht auf eine Auslegung des Inhaltes des Testamentes, sondern auf die in der neueren Doktrin vielfach vertretene Ansicht, welche die Regel unbeschränkter Widerruflichkeit auch auf korrespektive Testamente angewandt wissen will und eine Ausnahme nur dann eintreten läßt, wenn von den Testatoren auf das Widerrufsrecht verzichtet worden.

Diese auf Bestimmungen des römischen Rechtes basierte Rechtsansicht kann als richtig nicht anerkannt werden, und die gegen das angefochtene Urteil eingelegte Revision erscheint daher begründet.

In Deutschland ist bekanntlich das Testament erst durch das römische Recht eingeführt. Aber den Römern war das sogenannte korrespektive Testament unbekannt, welches aus deutschen Rechtsanschauungen hervorgegangen ist, indem das durch das römische Recht nicht verdrängte deutschrechtliche Prinzip, demzufolge auch letztwillige Verfügungen zum Gegenstand des Vertrages gemacht werden können, es ermöglicht hat, in ein gemeinschaftlich errichtetes Testament vertragsmäßig bindende Bestimmungen aufzunehmen.

Wenn nun auch Testamente als einseitige Rechtsakte unbeschränkt widerruflich sind und die äußere Vereinigung zweier Testamente in einer Urkunde hierin an sich nichts ändert, so sind doch die gemeinschaftlichen Testamente, wenn sie vertragsmäßig bindende Bestimmungen enthalten, nicht einfach einseitige und daher unbeschränkt widerrufliche Rechtsakte, ihre Widerruflichkeit ist vielmehr insoweit beschränkt, als dies eine Folge des vertragsmäßigen Gebundenseins ist. Und so wenig für das heutige gemeine Recht davon die Rede sein kann, weder daß die Aufnahme vertragsmäßig vinkulierender Dispositionen in das gemeinschaftliche Testament dies rechtsungültig mache, noch daß die Dispositionen durch Aufnahme in ein Testament rechtsunverbindlich würden, so ungerechtfertigt erscheint die Ansicht, welche ein die Widerruflichkeit beschränkendes vertragsmäßiges Gebundensein nur dann annehmen will, wenn dies von den Testatoren ausdrücklich als ihr Wille ausgesprochen worden. Denn es kann immer nur darauf ankommen, daß der Wille sich durch den Inhalt des Testamentes erkennbar gemacht hat, nicht daß dies mit ausdrücklichen Worten geschehen, da kein Grund erfindlich ist, der berechtigen könnte, von der in dieser Beziehung im allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Regel hier eine Ausnahme zu machen.

Bei korrespektiven Testamenten aber kommt es sehr häufig vor,

daß sie gemeinsame Verfügungen enthalten, welche eine vorgängige Übereinkunft zur notwendigen Voraussetzung gehabt und mit genügender Sicherheit erkennen lassen, daß und inwieweit die Testierenden sich gegenseitig vertragsmäßig haben vinkulieren wollen.

Dies gilt namentlich auch von dem vorliegenden Falle. Nach dem im Thatbestande des ersten Urteiles festgestellten Inhalte des Testamentes der Eheleute S. haben letztere mit ihrer gegenseitigen Erbeseinsetzung für den Fall des Todes des Längstlebenden eine letztwillige Verfügung verbunden, in welcher sie nach Aussetzung verschiedener Legate eine Reihe von Personen namhaft machen, an welche ihr dereinstiger Nachlaß zu den festgesetzten Anteilen fallen soll. Eine solche gemeinsame Verfügung läßt sich nicht in zwei Dispositionen zerlegen, und da die Annahme, daß dieselbe nach der Absicht der Testierenden nur für den Fall hat getroffen sein sollen, daß der Letztlebende nicht anderweitig letztwillig verfügen werde, durch den für eine solche Absicht keinen Anhalt bietenden Inhalt des Testamentes ausgeschlossen erscheint, bleibt nur die Annahme übrig, daß es der Wille der Testierenden gewesen sei, der Längstlebende solle, wenn er Erbe des Zuerstverstorbenen geworden, die einheitlich gemeinsam getroffene Verfügung nicht abändern dürfen. Denn daß nicht der Möglichkeit Raum gegeben werden darf, es könne in Wirklichkeit der Wille der Testatoren gewesen sein, der Längstlebende solle auch nach Antritt der Erbschaft des Zuerstverstorbenen befugt sein, die in der gemeinsamen Verfügung zugleich mitenthaltene Disposition über das eigene Vermögen zu widerrufen, damit das ganze gemeinschaftliche Testament hinfällig zu machen und eine Intestaterbfolge in den Nachlaß des Zuerstverstorbenen herbeizuführen, wird nicht verkannt werden können, wenn man berücksichtigt, daß eine gemeinsame Verfügung, wie sie hier vorliegt, mit Notwendigkeit eine vorgängige Willenseinigung vorausgesetzt hat, und daß aus ihr eine letztwillige Disposition hervorgegangen, welche zweifellos die Intestaterbfolge gleichwie auch die Auflösung des Gesamtnachlasses in den des Mannes und der Frau hat ausschließen sollen."

47. Ist die doppelte Versicherung eines und desselben Objektes gegen Feuersgefahr nach gemeinem Rechte an und für sich unzulässig? Kann die Doppelversicherung je zu zweifacher Vergütung desselben Schadens führen? — Policebestimmung über die Verpflichtung zur Anzeige bereits bestehender Versicherung.

Vereinigte Civilsenate. Urt. v. 17. Dezember 1881 i. S. Fr. zu Sonneberg (Kl. u. Nichtigkeitskl.) w. die Feuerversicherungsgesellschaft „Deutscher Phönix" in Frankfurt a. M. (Bekl. u. Nichtigkeitsbekl.) Rep. I. 103/81.

I. Kreisgericht Meiningen.
II. Appellationsgericht Hildburghausen.

. . . „Positive Vorschriften hat das gemeine Recht betreffs der Doppelversicherung im Bereich der Binnenversicherung überhaupt nicht. Mit der seerechtlichen Doppelversicherung hat sich zwar das Handelsgesetzbuch Art. 792 flg. eingehend beschäftigt, und es ist dabei von deren prinzipiellen Unzulässigkeit ausgegangen. Eine analoge Übertragung auf die verschiedenen Arten der Binnenversicherung, insonderheit der Feuerversicherung erscheint jedoch bedenklich, da nicht mit Sicherheit erkennbar ist, ob sich der Gesetzgeber bei Adoption jenes Prinzipes nicht durch Gesichtspunkte hat leiten lassen, welche für die eigentümliche Seeversicherung ausschließlich maßgebend sind, Gesichtspunkte, die zum Teil ganz außerhalb des civilistischen Gebietes liegen können und auf Zweckmäßigkeitsgründen und Rücksichten des öffentlichen Wohles beruhen. Abgesehen von den seerechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches enthält aber das gemeine Recht positive Bestimmungen in betreff der Doppelversicherung nicht. Der Richter sieht sich daher auf das verwiesen, was nach allgemeinen Grundsätzen für sie aus der rechtlichen Natur des Versicherungsgeschäftes selbst (namentlich bei der Feuerversicherung) zu folgern ist. Aus dieser läßt sich nun zwar ableiten, daß eine zweite Versicherung nie den Zweck und den Erfolg zweifacher Vergütung desselben Schadens haben kann — nicht aber die Unmöglichkeit, daß zwei Schuldner für die Leistung der einfachen Vergütung existieren und sich zwei Versicherungsanstalten zum Ersatz eines und desselben Feuerschadens verbindlich machen. Ein solches Verhält-

Vorzug gegeben werden. Die Abschließung des Einkindschaftsvertrages bezweckt wesentlich die bei der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten notwendige Vermögensabteilung mit den Kindern der früheren Ehe und die nicht selten durch diese für den überlebenden Ehegatten, wie die Kinder entstehenden Nachteile zu verhüten, und es hat daher das Institut der Einkindschaft auch vorzugsweise in solchen Gebieten Anwendung gefunden, wo nach dem dort geltenden ehelichen Güterrechte eine Abteilung (Schichtung) mit den Kindern der früheren Ehe bei der Wiederverheiratung eintreten muß. In dem Einkindschaftsvertrage ist einerseits ein Verzicht der Kinder der früheren Ehe auf den ihnen zustehenden Anspruch auf Abschichtung, bezw. auf das Vermögen ihres verstorbenen parens, andererseits ein Erbvertrag zwischen den unierenden Eltern und den unierten Kindern auf Gleichstellung der von dem einen Ehegatten aus der früheren Ehe eingebrachten Kinder mit den aus der weiteren Ehe zu erwartenden Kindern im Erbrecht enthalten. Gegen Aufgabe des den Kindern der früheren Ehe zustehenden gegenwärtigen und realisierbaren Anspruches auf Ausscheidung und Überweisung eines bestimmten Vermögensteiles, erhalten sie als Äquivalent ein vertragsmäßiges Erbrecht auf den Erbteil, welcher sich aus der Konkurrenz der Kinder der ferneren Ehe ergiebt. Dieses Rechtsgeschäft ist, abgesehen von den Fällen, in denen aus der früheren Ehe ein Aktivvermögen nicht vorhanden ist, stets für die Kinder aus dieser Ehe ein gewagtes, insofern sie ein bereits bestehendes und realisierbares Recht aufgeben und ein künftiges, durch Erleben des Erbfalles bedingtes Recht erhalten, dessen Umfang ungewiß ist, da sowohl die durch die Zahl der aus der ferneren Ehe entstehenden Kinder sich bestimmende Erbquote, als der Vermögensbestand zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles ungewiß sind. Die Partikularrechte enthalten daher auch meistens besondere Vorschriften über die bei Abschluß der Einkindschaftsverträge, namentlich wenn die Kinder der früheren Ehe minderjährig sind, behufs ihrer Sicherung vor Benachteiligung zu beachtenden Kautelen. Die Gefahr für die Kinder der früheren Ehe würde aber noch bedeutend sich vergrößern, wenn es dem Stiefparens gestattet wäre, durch letztwillige Verfügungen zu Gunsten seiner leiblichen Kinder oder dritter Personen die eingekindschafteten Kinder auf den Pflichtteil zu beschränken. Nach dem angegebenen Zwecke und der Veranlassung der Einkindschaft muß im Zweifel, wenn weder das Partikularrecht, noch der Inhalt des Ein-

kindschaftsvertrages dem Stiefsparens die Testierfreiheit wie bezüglich seiner leiblichen Kinder gewähren, der in dem Einkindschaftsvertrage enthaltene Erbvertrag dahin als geschlossen angesehen werden, daß den Vorkindern vertragsmäßig dasselbe Erbrecht eingeräumt werde, welches den leiblichen Kindern gesetzlich zusteht, daß Gegenstand des vertragsmäßigen Erbrechtes der Intestaterbteil, nicht bloß der Pflichtteil sei.

Das angefochtene Urteil beruht daher auf der Verletzung des Gesetzes, indem der gegen die Gültigkeit des der Klage zu Grunde liegenden Vermächtnisses erhobene Einwand deshalb zurückgewiesen wird, weil der Stiefsparens durch die Einkindschaft an der Errichtung eines Testamentes nicht verhindert und das den Stiefkindern durch die Einkindschaft eingeräumte Erbrecht kein unbeschränktes sei, sofern nur das Pflichtteilsrecht nicht verletzt werde.

Das Urteil des Berufungsgerichtes war deshalb aufzuheben." ...

---

44. 1. Ist eine Veräußerung, welche gegen den §. 288 St.G.B. verstößt, notwendig auch ein civilrechtlich unwirksames Rechtsgeschäft?
2. Angabe der Gründe für die richterliche Beweiswürdigung.

III. Civilsenat. Urt. v. 31. Januar 1882 i. S. H. C. V. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. III. 527/81.

I. Landgericht Hanau.
II. Oberlandesgericht Kassel.

Aus den Gründen:

..."Der Beklagte hat den Kaufvertrag vom 20. Oktober 1880 als ein ungültiges, weil gegen den §. 288 St.G.B. verstoßendes Rechtsgeschäft angefochten, und der Berufungsrichter hat diese Anfechtung zurückgewiesen, weil die Vorschrift dieses Paragraphen als eine selbständige, noch neben den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 fortwirkende Grundlage des Rechts der Anfechtung benachteiligender Handlungen eines Schuldners nicht ferner in Betracht kommen könne. Die Richtigkeit dieser Argumentation kann unerörtert bleiben, jedenfalls ist die Entscheidung selbst aus einem anderen Grunde zu billigen.

sicherungsnehmer seiner Rechte verlustig erklären wollte, weil er zwar der Sache nach, aber nicht in den vorgeschriebenen Formen seiner Verpflichtung zur Erstattung der fraglichen Anzeige nachgekommen wäre — und ebensowenig würde sich die Ansicht rechtfertigen lassen, daß die Annahme der Anzeige seitens des Agenten der Anstalt diese selbst unter keinen Umständen zu verpflichten vermöchte. Ob nun aber im vorliegenden Falle die schuldige Anzeige in der That als erfolgt anzusehen ist, ob dies namentlich angenommen werden müßte nach Maßgabe der umständlichen Verhandlungen, welche der Kläger vor Abschluß des Geschäftes mit dem Agenten F. gepflogen haben will, darüber kann erst bei der Definitivsentenz nach Maßgabe der Ergebnisse des einzuleitenden Beweis- und Gegenbeweisverfahrens Entscheidung getroffen werden."

---

48. Ist die Actio communi dividundo in Bezug auf gemeinschaftlich ererbte Sachen dadurch bedingt, daß bereits eine Erbschaftsteilung stattgefunden hat?

III. Civilsenat. Urt. v. 20. Januar 1882 i. S. B. S. (Bekl.) w. M. S. u. Ehefrau (Kl.). Rep. I. 75/81.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Das aus dem Miteigentume entfließende Recht, auf Teilung der gemeinschaftlichen Sache zu klagen, ist für Erben, welche durch Erbschaft Miteigentümer der einzelnen zur Erbmasse gehörigen Sachen geworden sind, durch keine Gesetzesvorschrift beschränkt, namentlich besteht keine Vorschrift, wodurch die Geltendmachung dieses Rechtes von der vorgängigen Erbschaftsteilung abhängig gemacht wäre. Sie ist nicht zu entnehmen aus der l. 20 §. 4 Dig. famil. ercisc. 10, 2, wo nur ausgesprochen wird, daß die Erbteilungsklage regelmäßig nur einmal erhoben, wegen einzelner ungeteilt gebliebener Sachen aber die Gemeingutsteilungsklage angestellt werden kann. Und in der l. 44 pr. eod., vgl. auch l. 34 i. f. Dig. pro socio 17, 2, wird es sogar aus-

drücklich anerkannt, daß die Erbteilung keineswegs eine notwendige Voraussetzung für die auf Teilung einer einzelnen Erbschaftssache gerichtete Klage sei. Die Ansicht aber, welche die l. 44 a. a. O. auf den Fall beziehen will, wo nicht durch Erbschaft, sondern anderweitig eine Sache in das Miteigentum von Erben gekommen ist, erscheint willkürlich und ist mit den Schlußworten dieser in den Titel familiae erciscundae aufgenommen lex: „de ceteris vero in integro sit familiae erciscundae judicium", unvereinbar. Auch kann aus der Betrachtung, daß es unter Umständen unzweckmäßig erscheinen mag, die Teilung der einzelnen Erbschaftssache der Erbteilung vorausgehen zu lassen, kein Rechtsgrund für eine Beschränkung des den Miterben kraft ihres Miteigentumes zustehenden Rechtes, die Teilung der einzelnen Sache zu verlangen, entnommen werden."

---

49. Form großer Schenkungen unter Lebenden. Ist die wörtliche Aufnahme des Schenkungsaktes in das gerichtlich aufgenommene Protokoll und die Mitwirkung des Beschenkten bei der Insinuation zu deren Gültigkeit erforderlich?

l. 25 §. 1 Cod. de donat. 8, 54.

Liegt in dem Abschlusse einer Schenkung unter Lebenden zu dem Zwecke, um dadurch den Nachteilen eines Steuergesetzes auszuweichen, ein in fraudem legis eingegangener und deshalb nichtiger Vertrag?

III. Civilsenat. Urt. v. 3. Februar 1882 i. S. des Großh. hessischen Steuerfiskus (Kl.) w. G. Erben (Bekl.). Rep. III. 529/81.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Unterm 11. Juli 1876 schloß Fräulein L. G. zu D. mit ihrem Bruder Dr. G. zu B. einen Schenkungsvertrag ab, inhaltlich dessen erstere dem letzteren ihr gesamtes Vermögen unter Lebenden mit gewissen Modalitäten überließ. Die Vertragsurkunde wurde dreifach ausgefertigt und von beiden Kontrahenten unterzeichnet; auch wurde verabredet, daß die Schenkung dem Stadtgerichte D. mit der Bitte angezeigt werden solle, zwei der Ausfertigungen mit der Bescheinigung der erfolgten ge-

richtlichen Insinuation versehen zurückzugeben. Die Unterschriften der Kontrahenten sind unterm 11. und 13. Juli 1876 gerichtlich beglaubigt worden.

Am zuletzt erwähnten Tage erschien die Schenkerin bei dem Stadtgerichte D. und übergab demselben die drei Ausfertigungen der Schenkungsurkunde. Das über die stattgehabte Verhandlung aufgenommene gerichtliche Protokoll lautet:

„Geschehen vor Großh. Stadtgerichte D. am 13. Juli 1876." (Rubrum)

„Heute erscheint Fräulein L. G. . . . . und übergiebt einen Schenkungsvertrag vom 11. Juli l. J. mit der Erklärung:

„ „Ich übergebe dem Gerichte den Schenkungsvertrag vom 11. Juli l. J. mit der Bitte, das Original zu den Akten zu nehmen und mir zwei Ausfertigungen des Vertrages für mich und den Schenknehmer zu behändigen mit der Bescheinigung der gerichtlichen Insinuation versehen." "

Vorgelesen, genehmigt und: „L. G." unterschrieben,

und wurden derselben zwei Ausfertigungen des Schenkungsvertrages mit der Bescheinigung gerichtlicher Insinuation versehen, zurückgegeben, sowie ein Exemplar mit „ne varietur" bezeichnet zu den Akten genommen. Von Amts wegen wird bemerkt, daß sich Komparentin, wie man sich durch die mit ihr angeknüpfte Unterredung überzeugte, in vollkommen dispositionsfähigem Zustande befand."

Zur Beglaubigung. (Unterschrift des Beamten.)

Darauf erging der Beschluß des Eintrages zum Register der Schenkungen. Die Vertragsurkunde selbst ist auf ihrer ersten Seite mit folgendem Vermerke versehen:

„ne varietur. Schenkungsvertrag des Fräulein L. G. von hier. Gerichtlich insinuiert am 13. Juli 1876. D. am 13. Juli 1876 Großh. Stadtgericht D." (Unterschrift des Beamten).

Die Schenkerin ist am 16. März 1880 gestorben; ihre Erben sind nach dem Gesetze die vier Kinder ihres verstorbenen Bruders (des Beschenkten). Gegen diese erhebt der hessische Fiskus, gestützt auf die hessische Steuergesetzgebung Klage auf Entrichtung der Erbschaftsabgabe vom gesamten Nachlasse des Fräulein G. (der s. g. Kollateralsteuer). Die Beklagten wenden mit Bezug auf den vorerwähnten Schenkungsvertrag ein, daß das gesamte Vermögen ihrer Tante bereits bei deren Lebzeiten auf ihren, der Beklagten, Vater übertragen worden sei, das-

selbe mithin einen Bestandteil des Nachlasses des letzteren gebildet habe und deshalb der Erbschaftssteuer nicht unterliege. Hiergegen macht der Kläger geltend, daß

1) die Schenkung vom Juli 1876 wegen Mangels der Insinuation, soweit sie den Betrag von 500 Solidi übersteige, nichtig, auch

2) als Schenkung unter Lebenden nur simuliert sei, da die Absicht der Kontrahenten in Wirklichkeit auf Abschluß einer Schenkung auf den Todesfall gerichtet gewesen sei.

Die Vorinstanzen haben dieses Vorbringen verworfen und die Klage abgewiesen. Kläger hat Revision eingelegt; er erhebt zwei Angriffe: es sei

„1) die fragliche Schenkung nicht in einer dem Gesetze entsprechenden Weise insinuiert. Solle der Beweis der Schenkung durch eine öffentliche Urkunde gesichert werden, so müsse der Vertrag in Gegenwart beider Kontrahenten vor Gericht verlautbart, jedenfalls der Inhalt der Urkunde dem Schenker vorgelesen und von demselben bestätigt werden. Im vorliegenden Falle sei die Schenkungsurkunde von den Parteien zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten ausgestellt; es könne daher der Richter, welchem sie überreicht worden, nicht den Abschluß des Schenkungsvertrages bezeugen, wie denn auch keine Gewißheit darüber bestehe, daß der Inhalt der Urkunde (die Erklärung) in allen Stücken dem Willen der Schenkerin entspreche. Das aufgenommene Protokoll erleichtere vielleicht den Beweis der Schenkung, sichere ihn aber nicht. Deshalb sei nach römischem Rechte die Verlautbarung der großen Schenkung durch die Parteien vor dem Richter, also deren wörtliche Aufnahme in das darüber aufgenommene Protokoll notwendig gewesen. Diese Form gelte auch noch heutzutage; ein entgegenstehender Gerichtsgebrauch habe sich nicht gebildet. Außerdem sei

2) nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsurteiles die fragliche Schenkung zum Zwecke der Umgehung der Erbschaftssteuergesetze abgeschlossen worden."

Die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„1. Was den ersten Revisionsangriff angeht, so hat das Reichsgericht bereits ausgesprochen (vgl. Entsch. Bd. 5 Nr. 34 S. 130), daß den römischrechtlichen Bestimmungen über die Insinuation großer Schenkungen bei Gericht im heutigen gemeinen Rechte noch fortdauernde

Gültigkeit beizulegen ist, und daß die Insinuation bezweckt, durch eine öffentliche Urkunde den künftigen Beweis der vorgefallenen Schenkung zu sichern, sowie durch die Gegenwart von Beamten und die Feierlichkeit der Handlung dem Leichtsinn und der Übereilung des Schenkgebers zu steuern. Es kann hiernach nicht für zutreffend erachtet werden, wenn das Berufungsurteil den Schwerpunkt der Insinuationsvorschrift ausschließlich in der Herstellung eines öffentlichen Beweises über Existenz, Gegenstand und Umfang der Schenkung findet, da die Absicht des Gesetzes zugleich darauf gerichtet ist, durch eine gewisse Erschwerung großer Schenkungen das Interesse der Beteiligten zu wahren. Indessen erscheint auch unter diesem Gesichtspunkte die vorliegende Schenkung als formgerecht.

Die Schenkerin ist mit einer außergerichtlich errichteten, von ihr und dem Beschenkten unterschriebenen und den Unterschriften nach öffentlich beglaubigten Schenkungsurkunde vor Gericht — dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit ihres Wohnortes — erschienen, hat diese Urkunde offen, zur Kenntnisnahme des Gerichtes behufs der gerichtlichen Insinuation, überreicht, das Gericht hat über diese Erklärung und Vorgänge ein Protokoll errichtet, sich über die Dispositionsfähigkeit der Schenkerin vergewissert, ein Exemplar des Schenkungsvertrages nach vorheriger Sicherung gegen Änderungen durch Bescheinigung der Insinuation zu den Akten genommen, zwei Ausfertigungen desselben mit gleicher Bescheinigung der Schenkerin zurückgegeben, endlich Protokoll nebst Schenkungsurkunde in der Gerichtsregistratur aufbewahrt.

Wenn auch nach römischem Rechte die Insinuation großer Schenkungen darin bestand, daß das Rechtsgeschäft vor einer städtischen Kurie oder vor der Kanzlei des Statthalters einer Provinz abgeschlossen und in das Gerichtsprotokoll (acta oder gesta) wörtlich eingetragen wurde, so kann doch diese Form der Errichtung jetzt überhaupt nicht mehr und selbst, was den Eintrag in die Gerichtsbücher betrifft, auch nicht mehr analog in denjenigen gemeinrechtlichen Gebieten Deutschlands beobachtet werden, in welchen der Gebrauch von Gerichts- (Kontrakten-) Büchern entweder niemals üblich war oder durch veränderte Einrichtungen in Wegfall gekommen ist. Die Frage kann vielmehr nur die sein: ob bei dem Fortbestande der Notwendigkeit der Insinuation von Schenkungen über 500 Solidi nicht wenigstens die wörtliche Aufnahme

des Inhaltes der Schenkung in das über die Erklärung der Parteien zu errichtende gerichtliche Protokoll erfolgen müsse?

Diese Frage war von jeher bestritten; sie ist aber in Theorie und Praxis überwiegend dahin entschieden worden, daß auch eine bei Gericht offen überreichte Schenkung unter der Voraussetzung, daß sich der Schenker zu dem Inhalte der Schrift bekenne, und daß ein Protokoll über diesen Vorgang errichtet werde, zu Recht bestehe.

Vgl. Kreitmayr, Anmerkungen zum Cod. Max. Bav. ad tom. III cap. 8 §. 7 (Bd. 3 S. 716) und die dortigen Citate;
Leyser, medit. ad pand. Vol. XII Suppl. ad spec. 433;
Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 343, Bd. 16 Nr. 111, Bd. 17 Nr. 242, Bd. 26 Nr. 28, Bd. 27 Nr. 228;
Ortloff, Heimbach ꝛc, Abhandlungen Bd. 1 S. 604;
Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 9 S. 703;
Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht §. 538.

Im vorliegenden Falle hat sich die Schenkerin nicht auf die Anerkennung der Schenkung vor dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschränkt. Indem dieselbe beantragte, das Original der Vertragsurkunde den Gerichtsakten einzuverleiben, und indem sie das hierüber aufgenommene Protokoll auf Vorlesung genehmigte und unterschrieb, hat sie zugleich in Übereinstimmung mit der Intention des Gerichtes den Inhalt der Schenkung als einen integrierenden Bestandteil ihrer Erklärung bezeichnet.

Unter solchen Umständen ist ohne Zweifel der l. 25 §. 1 Cod. de donat. 8, 54 nachgelebt, wenn dies Gesetz vorschreibt, daß bei der Errichtung von Schenkungsurkunden der Name des Schenkers, dessen Recht und der Gegenstand der Schenkung namhaft gemacht werden und dies nicht verborgen, sondern schriftlich, entweder vom Schenkgeber selbst oder einem Dritten geschehen, auch da, wo es erforderlich, die vor dem Richter aufzunehmende Verhandlung angehängt werden solle.

Der Revisionskläger hat die Gültigkeit der fraglichen Schenkung ferner deshalb bestritten, weil der Beschenkte nicht, wie gesetzlich vorgeschrieben, mit der Schenkerin bei Gericht erschienen und hier die Erklärung über Annahme der Schenkung abgegeben habe. Auch dieser Einwand ist hinfällig. Die Gesetze erfordern keineswegs die Mitwirkung des Beschenkten bei der Insinuation, und es ist, da diese Form wesentlich zum Vorteile des Schenkgebers eingeführt wurde, die Anwesenheit

des Beschenkten bei jenem Akte selbst nach allgemeinen Grundsätzen nicht notwendig. Der Beschenkte kann die Acceptation der Schenkung sowohl gerichtlich wie außergerichtlich, ausdrücklich wie stillschweigend, vor oder nach deren Insinuation erklären.

Vgl. Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht u. Pr. Bd. 1 S. 6; Hesse, dissert. de insinuat. donat. rite confic. Lips. 1844 §. 9; u. die obigen Allegate aus Seufferts Archiv.

Das Schenkungsversprechen ist nun unbestritten seitens des Beschenkten durch Mitunterschrift der Vertragsurkunde vor der Insinuation der Schenkung angenommen und, wie das Berufungsurteil thatsächlich feststellt, nach der Insinuation von beiden Kontrahenten in Vollzug gesetzt worden.

2. Anlangend den zweiten Revisionsangriff, so nehmen die Vorinstanzen übereinstimmend an, daß das Motiv der Kontrahenten zum Abschlusse einer Schenkung unter Lebenden darin zu finden sei, durch einen solchen Vertrag das Vermögen der Schenkerin der Kollateralsteuer zu entziehen, welcher dasselbe bei einer Schenkung auf den Todesfall gesetzlich unterworfen gewesen wäre. Mit Unrecht behauptet Kläger, daß unter solchen Umständen eine Umgehung des Gesetzes — der hessischen Erbschaftssteuergesetzgebung — vorliege, in deren Folge das Rechtsgeschäft als gegen ein gebietendes Gesetz verstoßend für nichtig zu erklären sei. Denn der Abschluß eines Schenkungsvertrages unter Lebenden ist eine erlaubte Handlung. Bei einem solchen Geschäfte kommt in privatrechtlicher Hinsicht der Beweggrund, welcher die Handelnden geleitet hat, an sich nicht weiter in Betracht. Es ist deshalb auch ein Vertrag, der zu dem Zwecke eingegangen wurde, um der Anwendung und den Nachteilen eines anderen bestimmten Gesetzes auszuweichen, deshalb allein noch nicht als zur Umgehung dieses Gesetzes (in fraudem legis) geschlossen anzusehen."

---

50. Voraussetzungen der Trennung von Tisch und Bett.

III. Civilsenat. Urt. v. 7. Februar 1882 i. S. v. S. (Bekl. u. Widerkl.) w. v. S. (Kl. u. Widerbekl.) Rep. III. 531/81.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist unten unter „Prozeßrecht" abgedruckt.

---

51. Ist der Anspruch des Maklers auf Gebühr durch die Mitwirkung desselben beim Abschlusse des von ihm zu vermittelnden Vertrages bedingt?

I. Civilsenat. Urt. v. 15. Februar 1882 i. S. Witwe L. u. Gen. (Bekl.) w. D. (Kl.) Rep. I. 627/81.

I. Landgericht Lübeck.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Der Courtage-Anspruch des Klägers wegen Vermittelung eines Landgutskaufes wurde als begründet anerkannt.

Aus den Gründen:

„Ein Anspruch auf Maklergebühr ist zwar nur dann begründet, wenn das Geschäft durch Vermittelung des Maklers zustandegekommen ist. Dies ist aber nicht dahin zu verstehen, daß Maklergebühr nur dann gefordert werden kann, wenn die Feststellung der Vertragsbedingungen und der Austausch der den Abschluß des Vertrages bewirkenden Erklärungen unter Mitwirkung des Maklers stattgefunden hat. Es genügt vielmehr zur Begründung des Anspruches, daß ein ursachlicher Zusammenhang zwischen der Thätigkeit des Maklers und dem Abschlusse des Geschäftes besteht; ein solcher Zusammenhang kann aber auch dann vorhanden sein, wenn die Thätigkeit des Maklers nur in der Zuführung oder Zuweisung einer zum Abschluß des Vertrages geneigten Person bestand, der Abschluß des Vertrages mit dieser Person dagegen ohne weitere Benutzung der Dienste des Maklers durch den Auftraggeber desselben unmittelbar bewirkt worden ist. . . .

Vgl. außer den im angefochtenen Erkenntnis angeführten Entscheidungen des O.A.G.'s Lübeck auch die Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin bei Seuffert, Archiv Bd. 30 Nr. 102, des O.A.G.'s Dresden in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung

in Sachsen Bd. 22 S. 363 und Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 8 S. 187 u. a. m."

---

52. Hat der Makler Anspruch auf Gebühr, wenn nach Abbruch der durch ihn vermittelten Verhandlung der Vertrag mit derselben Person durch den Auftraggeber unmittelbar zustandegebracht wird?

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1882 i. S. S. (Kl.) w. den Kaufmännischen Verein zu F. (Bekl.) Rep. I. 218/81.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Courtage-Anspruch des Klägers wegen Vermittelung eines durch Immobiliarhypothek gesicherten Anlehens wurde als unbegründet abgewiesen.

Aus den Gründen:

„Wenngleich der Anspruch des Maklers auf Gebühr nicht davon abhängt, daß der Abschluß des Geschäftes von ihm vermittelt wird, vielmehr dieser Anspruch auch dann begründet erscheint, wenn der durch die Kontrahenten unmittelbar bewirkte Abschluß durch die Thätigkeit des Maklers herbeigeführt worden ist, und in dieser Beziehung schon die Zuführung oder Zuweisung des anderen Kontrahenten unter Umständen genügen kann, so ist dies doch dann nicht der Fall, wenn der Makler seinem Auftraggeber eine Person zuführt oder zuweist, welche demselben ohnehin als zum Abschlusse des fraglichen Geschäftes oder als im allgemeinen zum Abschlusse derartiger Geschäfte unter bestimmten Bedingungen bereits bekannt ist. Daher könnte Kläger nicht schon wegen Anbahnung des Geschäftes mit der Frankfurter Hypothekenbank oder wegen Überbringung ihrer Offerte an den Beklagten, sondern nur dann die Maklergebühr fordern, wenn er das Geschäft mit derselben zustandegebracht hätte. Gerade dies aber ist nicht geschehen. Die von ihm durch Einreichung des Antrages vom 28. September 1878 bei der Hypothekenbank und durch Überbringung der darauf erfolgten Offerte der letzteren an den Beklagten eingeleitete Unterhandlung war von seiten der Hypothekenbank durch das Schreiben vom 1. November

1878 abgebrochen. An der nachher vom Vorstand des beklagten Vereines am 8. November 1878 wieder aufgenommenen Unterhandlung, welche zum Abschluß des Geschäftes führte, hat Kläger nicht teilgenommen. In einem solchen Falle kann Provision nicht gefordert werden, wie auch von anderen Gerichtshöfen in ähnlichen Fällen anerkannt worden ist.

Vgl. Erkenntnis des O.A.G.'s Rostock von 1855 in der Sammlung Rostocker Rechtsfälle Heft 3 S. 192; Erkenntnis des O.G.'s Wolfenbüttel von 1878 bei Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 298.

Die Behauptung, daß Beklagter das Geschäft arglistigerweise, um dem Kläger die Provision zu entziehen, mit Umgehung des Klägers unmittelbar abgeschlossen habe, ist in dem angefochtenen Erkenntnis aus zutreffenden Gründen für unbeachtlich erklärt worden."

---

53. Ist beim Genuskaufe der Käufer berechtigt, in Fällen, wo fehlerhafte Ware geliefert wurde, die redhibitorische Klage zu erheben?[1]

II. Civilsenat. Urt. v. 28. Februar 1882 i. S. P. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 209/81.

I. Handelsgericht Augsburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

P. lieferte dem B. auf Bestellung Alpenbutter, die ihm sofort als fehlerhaft zur Verfügung gestellt wurde. B. erhob Klage gegen P. auf Aufhebung des Vertrages und Ersatz von Frachtauslagen. Das O.L.G. erachtete den Beweis der Fehlerhaftigkeit der Ware als erbracht und erkannte nach dem Klagantrage, indem es einen Lieferungsverzug nicht annahm und die redhibitorische Klage für begründet erklärte. Das Reichsgericht verwarf die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde.

[1] Vgl. Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 2 S. 409, Bd. 4 S. 181, Bd. 5 S. 395, Bd. 6 S. 267, Bd. 7 S. 112 u. 284, Bd. 11 S. 26. D. E.

Aus den Gründen:

„Die Ansicht des Appell.-Richters, die rechtzeitige Lieferung einer vertragswidrigen Ware sei einem Verzuge in der Lieferung nicht gleich zu achten, ist als rechtsirrtümlich nicht zu erachten, denn es ist nicht abzusehen, wie eine Lieferung, auch wenn sie nicht vertragsmäßig ist, genügen solle, einen Verzug zu begründen.

Auch seine weitere Ansicht, daß der Käufer befugt sei, die redhibitorische Klage geltend zu machen, erscheint gerechtfertigt, denn es ist der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (Entsch. Bd. 5 Nr. 91 S. 399), nach welcher auch beim Genuskaufe der Käufer, dem eine fehlerhafte Ware geliefert wurde, berechtigt ist, die ädilitischen Klagen geltend zu machen, beizupflichten. Indem der Verkäufer eine bestimmte Ware liefert und als Erfüllung anbietet, individualisiert er die vorher nur generell bestimmte Ware und giebt hiermit dem Käufer die nämlichen Rechte, welche ihm im Falle eines Spezieskaufes zustehen."

---

54. Folgen der außergerichtlichen Anerkennung der Schadensliquidationen des Versicherten durch den Inspektor der Versicherungsgesellschaft. Inwiefern ist die Versicherungsklausel, daß der Versicherer zur Zahlung von Zinsen erst nach der Feststellung der Entschädigungssumme verpflichtet sei, wirksam? Versicherungssumme und Versicherungswert. Ausnahmsweise Haftung des Versicherers für fortschreitende Wertsverminderung der versicherten Gegenstände nach dem Brande. — Abschätzung nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen unter Ausschluß des Rechtsweges. Anfechtung der Obmannstaxe. Schiedsspruch und Schätzung.[1]

III. Civilsenat. Urt. v. 9. März 1882 i. S. der Preuß. Nat.-Vers.-Gesellsch. zu St. (Bekl.) w. W. St. zu W. (Kl.) Rep. III. 588/81.

I. Landgericht Darmstadt, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

---

[1] Die in diesem Urteile entschiedenen Prozeßfragen sind unten unter „Prozeßrecht" zusammengestellt. D. R.

Kläger, welcher zu W. eine Patronen-Hülsen und Pfropfen-Fabrik betreibt, hatte im Jahre 1879 seine Mobilien, darunter die im Maschinenhause befindlichen Gegenstände bei der beklagten Gesellschaft gegen Feuer versichert. Die Police enthält u. a. folgende Bedingungen:

Der §. 6 lit. a verpflichtet den Versicherten, die versicherten Gegenstände im Falle eines Brandes möglichst zu retten und während des Rettens sowie nach demselben nach Kräften für deren Sicherung und Erhaltung zu sorgen; doch darf das Ausräumen beweglicher Gegenstände weder gegen das etwaige Geheiß des Agenten oder eines Beamten der Gesellschaft, noch gegen etwaige Versicherungsbedingungen stattfinden.

Nach §. 7 soll die Versicherung nicht zu einem Gewinne führen; ihr alleiniger Zweck ist der Ersatz des nach §. 1 zu vergütenden Schadens, welcher nach dem wahren Werte der versicherten Gegenstände zur Zeit des Brandes ohne Hinzurechnung des etwa entgangenen Gewinnes festzustellen ist.

In §. 8 wird der Gesellschaft das Recht eingeräumt, eine jede auf den Wert und den Schaden bezügliche Abschätzung eintreten zu lassen. Insbesondere soll nach §. 9 und §. 11 Satz 4 der gemäß §. 7 zu ermittelnde Schade an Mobilien durch spezielle Abschätzung zweier Sachverständigen und eventuell eines Obmannes mit verbindlicher Kraft für beide Parteien unter Ausschluß des Rechtsweges festgestellt werden.

Der §. 11 Satz 1 legt dem Versicherten die Pflicht auf, eine spezielle Nachweisung der zur Zeit des Brandes vorhanden gewesenen, der verbrannten oder verlorenen und der beschädigt, sowie unbeschädigt geretteten Gegenstände gewissenhaft anzufertigen; dieser Nachweis muß mit speziellen Wertangaben nach den Grundsätzen des §. 7 versehen sein, und es darf darin weder ein nicht vorhanden gewesener Gegenstand als verbrannt oder verloren angegeben, noch das Vorhandensein eines geretteten Gegenstandes verschwiegen sein.

Als Präjudiz droht der §. 13 an, daß, wenn der Versicherte die ihm nach §. 6 a. a. O. obliegende Pflicht nicht erfülle oder sich einer nach §. 11 unerlaubten Angabe schuldig mache, er jeden Anspruch auf Entschädigung verliere.

Bezüglich der Zahlung bestimmt endlich §. 15, daß die Entschädigungssumme binnen Monatsfrist, nachdem ihr gesamter Betrag und die Verbindlichkeit der Gesellschaft zur Zahlung derselben durch Anerkenntnis beider Teile, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil festgestellt

sei, bar bezahlt werden solle; zur Vergütung von Zinsen sei die Gesellschaft erst von dem Tage an verbunden, an welchem sie sich nach Ablauf jenes Monats im Verzuge der Zahlung befinden würde.

Am 12. März 1880 brach Feuer in der Fabrik des Klägers aus, infolge dessen eine Reihe versicherter Objekte teils verbrannte, teils beschädigt wurde, teils sonst abhanden kam. Kläger liquidierte eine Entschädigung von im ganzen 38884 ℳ und erhob, nachdem eine Taxation des an den Maschinen entstandenen Schadens durch Sachverständige stattgefunden hatte, jedoch die außergerichtlichen Verhandlungen zur Herbeiführung einer allseitigen Verständigung mit dem Inspektor der beklagten Versicherungsgesellschaft gescheitert waren, im Juli 1880 Klage auf Auszahlung jener Summe. Eine auf Antrag der beklagten Gesellschaft gegen den Kläger eingeleitete Untersuchung wegen Brandstiftung wurde im Laufe des Prozesses eingestellt. Im Prozesse selber schützte die Beklagte die Einreden des Verlustes des Klagerechtes wegen mangelnder Fürsorge in der Erhaltung einzelner Mobilien und wegen Überliquidation vor. Nachdem weiter in der Sache verhandelt worden war, erkannte das Landgericht zu D., Kammer für Handelssachen, die Beklagte durch Urteil vom 21. Mai 1881 für schuldig:

1. den Kläger bezüglich des ihm durch den fraglichen Brand verursachten Schadens nach Maßgabe der Versicherung zu entschädigen, unter Verwerfung der aus den §§. 6a. 11 und 13 der Police entnommenen Einwendungen;
2. dem Kläger schon jetzt den Betrag von 19351 ℳ mit 6% Zinsen vom Tage der Klagebehändigung an zu zahlen.

Zugleich wurde

3. rücksichtlich der verbleibenden Differenz des Klaganspruches von 19533 ℳ ausgesprochen:
   a. daß die Beklagte den an den Maschinen entstandenen Schaden nach Maßgabe des dermaligen Zustandes der Maschinen insoweit zu ersetzen habe, als derselbe durch eine vorzunehmende Expertise festgestellt werde;
   b. daß die Vornahme dieser Expertise bis zur Rechtskraft der vorderen Entscheidung vorbehalten bleibe.

Die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung wurde in zweiter Instanz mit Bezug auf die Entscheidungsgründe des Landgerichtes und Beifügung einiger weiterer Erwägungen verworfen. In

der Revisionsinstanz rügte die Beklagte hauptsächlich Verletzung der §§. 259. 260. 280 C.P.O. und beantragte Abweisung der Klage wegen Zuwiderhandlung gegen die §§. 6 und 11 der Versicherungsbedingungen, eventuell Beschränkung der Entschädigungssumme für die Maschinen auf die Obmannstaxe und Aberkennung des Zinsanspruches.

Die Revision wurde nur in Ansehung der in pos. 2 des Landgerichtsurteiles erfolgten Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 6% Zinsen vom Tage der Klagbehändigung an für teilweise begründet erachtet.

Aus den Gründen:

„1. Anlangend den aus §. 280 C.P.O. hergeleiteten prozessualen Angriff, so waren im ersten Verhandlungstermine vor dem Landgerichte vom 13. Sept. 1880 außer dem Vorsitzenden der Kammer für Handelssachen die Handelsrichter D. und W. anwesend und diese haben auch den Beweisbeschluß vom 17. Dez. 1880 erlassen; in den drei folgenden Terminen, in welchen die Beweisaufnahme durch Vorlegung von Urkunden, sowie durch Abhör von Zeugen und Sachverständigen unter Protokollierung der Aussagen derselben stattfand, war an die Stelle von D. der Handelsrichter M. getreten, während die Schlußverhandlung vom 30. April 1881 vor den Handelsrichtern M. und B. erfolgte. Am 14. Mai 1881 eröffnete der Vorsitzende den Parteien, daß die Verkündung des Urteiles erst in der Sitzung vom 21. dess. Mon. stattfinden könne, weil einer der Handelsrichter, welcher bei der Schlußverhandlung thätig gewesen sei, wegen Abreise an der Urteilsfassung nicht habe teilnehmen können. Im zuletzt erwähnten Termine wurde das von den Handelsrichtern M. und B. unterzeichnete Urteil verkündigt. Die Sitzungsprotokolle stellen fest, daß die Parteien aus den gewechselten vorbereitenden Schriftsätzen ihre Schlußanträge verlesen und mündlich zur Sache verhandelt haben, das Protokoll über den „zur Verhandlung über das Resultat der Beweisführung" anberaumten Schlußtermin vom 30. April 1881 in Verbindung mit dem Inhalte des Landgerichtsurteiles noch insbesondere, daß von den Parteien sowohl die Klage als die Klagbeantwortung nach Maßgabe des in den Schriftsätzen und Protokollen enthaltenen thatsächlichen Vorbringens, sowie die Beweisaufnahme selber und das weitere Beweisangebot beider Teile vorgetragen worden sei.

Vor dem Berufungsgerichte hat die Beklagte inhaltlich des That-

bestandes den gesamten Prozeßstoff erster Instanz zum Vortrage gebracht, insbesondere die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen aus den im Termine vom 15. Jan. 1881 aufgenommenen Protokollen verlesen. Ein Antrag auf wiederholte Vernehmung der Zeugen und Experten ist in der zweiten Instanz so wenig wie in der ersten gestellt worden.

Zur Geltendmachung des gerügten Mangels der landgerichtlichen Prozedur in der Revisionsinstanz mit Umgehung des Berufungsgerichtes ist nun die Beklagte nicht befugt. Allerdings nicht, wie Kläger behauptet, deshalb, weil Beklagte die Ausübung des ihr zustehenden Rügerechtes unterlassen hat, da die Beobachtung jener Vorschrift dem Verzichte der Parteien entzogen ist (§. 267 Abs. 2. §. 313 Ziff. 1 C.P.O.); wohl aber deshalb, weil die Verhandlung zweiter Instanz ein neues Verfahren in dem Sinne bildet, daß der Rechtsstreit innerhalb der Grenzen der Berufungsanträge wiederholt wird, und weil das Revisionsgericht zugleich nach §. 524 C.P.O. nur auf Grund des in dem Berufungsurteile festgestellten Sachverhältnisses zu erkennen hat. Erstreckten sich daher, wie im vorliegenden Falle, die Berufungsanträge nicht auf die Aufhebung des ersten Erkenntnisses wegen Verletzung des §. 280 C.P.O. und fand das Berufungsgericht keine Veranlassung einen etwaigen Mangel des früheren Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen, so kann jetzt das zweite Urteil nicht mehr aus dem Grunde angefochten werden, daß das Verfahren erster Instanz gegen wesentliche Prozeßvorschriften verstoße. Denn das Berufungsgericht hatte gemäß §. 501 C.P.O. nach seinem Ermessen darüber zu befinden, ob es das Urteil und das Verfahren der Kammer für Handelssachen aufheben und die Sache zurückverweisen, oder ob es selber, geeignetenfalles nach vorgängiger nochmaliger Beweisaufnahme, schließlich in der Hauptsache erkennen wollte.

Aber auch sachlich ist die Beschwerde nicht gerechtfertigt.

Zwar hat die Verhandlung und Beweiserhebung in erster Instanz teilweise vor Handelsrichtern stattgefunden, welche an der Urteilsfällung nicht mitgewirkt haben; es kann aber ein begründeter Zweifel darüber nicht obwalten, daß den urteilenden Mitgliedern der Kammer für Handelssachen das gesamte Ergebnis der Verhandlung und Beweisaufnahme im Schlußtermine mündlich von den Vertretern der Parteien vorgetragen worden ist.

Mit dieser das Streitverhältnis erschöpfenden Neuverhandlung

der Sache war die notwendige Einheit des Verfahrens gewahrt und den Vorschriften der §§. 258. 280 und 320 C.P.O. Genüge geleistet.

2. Materiell verlangt Revisionsklägerin zunächst Realisierung der dem Versicherten in den §§. 6a 11 und 13 der Policebedingungen angedrohten Rechtsnachteile.

Unbestritten befanden sich die durch den Brand beschädigten Maschinen bei der am 1. Juli 1880 durch den Experten K. vorgenommenen Untersuchung in einem bei weitem schlechteren Zustande, als bei der ersten am 10. April 1880 erfolgten Abschätzung. Revisionsklägerin führt dies auf positive Einwirkung des Versicherten, eventuell darauf zurück, daß letzterer der ihm vertragsmäßig obliegenden Verpflichtung, nach Kräften für die Sicherung und Erhaltung der geretteten versicherten Gegenstände zu sorgen, nicht nachgekommen sei. Die Vorinstanzen, indem sie für erwiesen erachten, daß die Feuerwehrmannschaft bei dem Löschen des Brandes säurehaltiges, in den Fabrikräumen befindliches Wasser auf die Maschinen gespritzt habe, beseitigen die aus §. 6a a. a. O. hergeleitete Einrede der Beklagten übereinstimmend durch die Erwägung, daß der Inspektor K. nach dem Brande dem Kläger untersagt habe, vor ausgemachter Sache an dem Zustande der Maschinen eine Veränderung vorzunehmen, auch, obgleich die Unterhaltung der Maschinen ohne erhebliche Kosten nicht habe bewerkstelligt werden können, dem mittellosen Kläger die erforderliche Kostenvorlage verweigert habe. Diese thatsächlichen Feststellungen sind dem Revisionsangriffe entzogen.... Daraus ergiebt sich aber der von dem Oberlandesgerichte gezogene Schluß von selbst. Denn der Versicherte mußte der Weisung des Beamten der Versicherungsgesellschaft nachkommen; letztere ist nicht befugt, auf der Realisierung eines in den Versicherungsbedingungen angedrohten Präjudizes zu bestehen, wenn sie oder ihr Beamter selber die Nichteinhaltung der von dem Versicherten übernommenen Verpflichtung herbeigeführt hat.

Mit Bezug auf §. 11 der Policebedingungen legt sodann die Beklagte dem Kläger dolose Überliquidation zur Last, indem sie behauptet, derselbe habe wider besseres Wissen eine Reihe von nicht vorhanden gewesenen Gegenständen als verbrannt oder sonst abhanden gekommen angegeben und das Vorhandensein geretteter Gegenstände verschwiegen. Die Vorinstanzen gehen bei der Prüfung des Beweisergebnisses nach dem ganzen Zusammenhange der Entscheidungsgründe davon aus, daß

es sich hierbei nach Maßgabe der Police nur um eine von dem Versicherten in unredlicher Absicht vorgenommene, mithin auf Täuschung des Versicherers berechnete außergerichtliche Schadensliquidation handeln könne. Durch diese mit allgemeinen Grundsätzen, sowie mit dem Geiste und Wortlaute der §§. 11 u. 13 Abs. 2 der Police nicht in Widerspruch stehende Vertragsinterpretation hat das Berufungsgericht keine Rechtsnorm verletzt. Eine derartige wissentlich falsche Überliquidation wird nun schon durch die thatsächliche Feststellung des Berufungsurteiles ausgeschlossen, daß der Inspektor der Versicherungsgesellschaft die ihm von dem Versicherten übergebene Schadensberechnung vor der Klagerhebung nach erfolgter Einsicht der gesamten Buchführung des Klägers und nach pflichtmäßiger Untersuchung des Sachverhaltes als richtig zugestanden habe. Hatte dieses Geständnis auch keinen obligatorischen Charakter, so ist es doch geeignet, die Annahme zu begründen, daß der Versicherte bei den außergerichtlichen Verhandlungen mit dem Beamten der Versicherungsgesellschaft in gutem Glauben gehandelt hat. Nimmt man noch hinzu, daß das Oberlandesgericht weiter für erwiesen erachtet, es habe der Inspektor K. die Direktion der Gesellschaft von jenem Zugeständnisse benachrichtigt und letztere solches gut geheißen, so ergiebt sich, daß die Beklagte sogar dolos handelt, wenn sie jetzt im Prozesse unter Beiseitesetzung ihrer früheren Nachgaben ein Präjudiz angewendet wissen will, das in dem Verhalten des Versicherten nach ihrer, der Beklagten, eigenen Überzeugung keine thatsächliche Unterlage findet (l. 2 §. 5 Dig. de doli mali et met. except. 44, 4).

Unter diesem Gesichtspunkte war denn auch das Berufungsgericht berechtigt, jede weitere Beweiserhebung über die Einrede der dolosen Überliquidation abzulehnen, während der Streit über die Frage, ob die Stellung des Inspektors einer Versicherungsgesellschaft als solche die Befugnis zum Anerkenntnisse der Brandentschädigungssumme in sich begreife oder ob im vorliegenden Falle aus der dem Inspektor K. erteilten Vollmacht zur „Schadensregulierung" nach dem gewöhnlichen oder technischen Begriffe dieses Ausdruckes die Legitimation zu dem abgelegten Geständnisse zu entnehmen sei, durch die vorerwähnte thatsächliche Erwägung des Berufungsurteiles sich erledigt. Ein Mangel an Entscheidungsgründen im Sinne des §. 513 Ziff. 7 C.P.O. endlich ist in dieser Feststellung nicht zu finden, da die Umstände, aus denen die Billigung

des Zugeständnisses des Inspektors durch die beklagte Gesellschaft gefolgert wird, angeführt sind, die Schlüssigkeit dieser Thatsachen aber in der Revisionsinstanz nicht nachgeprüft werden kann.

3. Ein weiterer Angriff richtet sich gegen die Würdigung der beigebrachten und die Verwerfung der weiter angebotenen Beweise über das objektive Vorhandensein bezw. Nichtvorhandensein verschiedener als verbrannt oder beschädigt bezeichneter Mobilien. Das Oberlandesgericht gelangt zu der Annahme, daß der Versicherte den unter pos. 2 des Landgerichtsurteiles auf 19 351 ℳ festgestellten Schaden durch den Brand vom 12. März 1880 wirklich erlitten habe, nicht ausschließlich mit Rücksicht auf das Zugeständnis des Inspektors K., und noch weniger legt es den §. 15 der Policebedingungen dahin aus, daß unter dem dort angeführten „Anerkenntnisse" beider Teile ein von dem Versicherten angenommenes Geständnis des Versicherers zu verstehen sei; es redet auch nirgends von einer Feststellung der Brandentschädigungssumme durch „Vergleich". Vielmehr faßt es das Anerkenntnis des genannten Inspektors als bloßes Beweismittel auf und zieht bei der Beweiswürdigung noch eine Reihe anderer Beweismittel adminikulierend in Betracht. Weder nach der einen noch nach der anderen Richtung ist eine Rechtsnorm verletzt. Ob ein außergerichtliches Geständnis der Gegenpartei als Beweismittel oder Beweisgrund zu betrachten sei, kann für den vorliegenden Fall unerörtert bleiben. Die Civilprozeßordnung, obwohl sie desselben nicht erwähnt, hat dadurch dem außergerichtlichen Geständnisse keineswegs den ihm nach allgemeinen Grundsätzen zukommenden Wert für die richterliche Überzeugung von der Wahrheit einer zu beweisenden Thatsache abgesprochen; es konnte daher, nachdem es selber als durch die Beweisführung festgestellt erachtet worden war, unbedenklich als Indicium dafür benutzt werden, daß die vom Kläger bezeichneten Mobilien wirklich verbrannt oder beschädigt worden seien und deren Wert die geforderte Entschädigungssumme erreiche.

Rechtlicher Natur ist hiernach allein die Frage, ob das Oberlandesgericht die Erhebung der von der Beklagten angebotenen Beweise für die angeblich stattgehabte Überliquidation ablehnen durfte? Käme hierbei der §. 259 C.P.O. zur Anwendung, so wäre diese Frage zu Gunsten der Beklagten und Revisionsklägerin zu beantworten, insofern das Berufungsurteil festzustellen unterlassen hat, daß die fraglichen Be-

weisangebote nach den Umständen des Falles unerheblich seien. Entscheidend ist jedoch der §. 260 C.P.O., welcher, abweichend schon von dem Wortlaute des §. 259 den Grundsatz der freien Beweiswürdigung bei Schadensansprüchen in der Ausdehnung sanktioniert, daß es ausschließlich dem Ermessen des Gerichtes anheimgestellt wird, eine beantragte Beweisaufnahme über die Existenz oder die Größe eines behaupteten Schadens anzuordnen oder den Schaden ohne Beweiserhebung für dargethan anzunehmen. Hat mithin die Berufungsinstanz bei der Feststellung der Schadenshöhe nur von dem ihr gesetzlich zustehenden freien Ermessen Gebrauch gemacht, so muß auch in dieser Richtung der auf die §§. 511. 512 C.P.O. gestützte Revisionsangriff erfolglos bleiben. . . .

4. Ohne Rücksicht auf §. 15 der Policebedingungen hat das Landgericht dem Kläger 6% Zinsen vom Tage der Klagbehändigung an als „Prozeßzinsen" zuerkannt. Das Oberlandesgericht dagegen hält diese Vertragsklausel grundsätzlich für den guten Sitten widerstreitend; außerdem verstoße deren Geltendmachung, wenn sie von dem Verpflichteten dazu benutzt werde, durch unberechtigte, selbst chikanöse Verzögerung der Erfüllung den Berechtigten zu schädigen, wider Treu und Glauben.

Prinzipiell ist die Frage der Gültigkeit derartiger Vertragsbestimmungen in Theorie und Praxis eine bestrittene.

Das Reichsgericht tritt der Entscheidung des R.O.H.G.'s Bd. 6 S. 412 flg. bei, welches in Übereinstimmung mit den Erkenntnissen mehrerer anderer ehemaliger oberster Gerichtshöfe Deutschlands,

vgl. Emmerling, Sammlung von Entsch. des Kassationshofes zu Darmstadt Jahrg. 1858 Bd. 1 S. 31—33,

in ausführlicher Begründung angenommen hat, daß ein solcher Vertrag nicht gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten laufe und deshalb ungültig sei, daß aber seine Anwendung ausgeschlossen werde, wenn sich die Versicherungsgesellschaft ihrer Zahlungspflicht doloser Weise entziehe, insbesondere gefliſſentlich einen Prozeß veranlasse oder dessen Entscheidung hintanhalte.[1]

[1] Vgl. Malß in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 13 S. 483; Busch, Archiv für Handelsrecht Bd. 9 S. 90, Bd. 19 S. 66; Sächsische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. 36 S. 19.

Urt. des Reichsgerichtes II. Civilsenat vom 15. Nov. 1879 in der badischen

Der für die Zuerkennung von Zinsen von dem Oberlandesgerichte angeführte Grund ist danach rechtsirrtümlich und die Entscheidung in

---

Sache: Basler Versicherungsgesellschaft (Bekl.) w. Bl. (Kl.) Rep. II. 73/79, welches die Entscheidungsgründe eines früher in der Sache ergangenen Beweiserkenntnisses des R.O.H.G.'s vom 15. Jan. 1879 bestätigt;

„weil der Fall, in welchem derartigen, die Zinspflicht beschränkenden Vertragsstipulationen die Wirksamkeit versagt werden müsse, daß nämlich die beklagte Versicherungsgesellschaft mutwillig, gegen ihr besseres Wissen, nicht in der Überzeugung von ihrem guten Rechte, sich geweigert habe, den vom Kläger geforderten Schadensersatz zu bezahlen, hier offenbar nicht vorliege, Beklagte vielmehr allen Grund gehabt habe, es auf eine richterliche Entscheidung ankommen zu lassen."

Vgl. jedoch Urt. des Reichsgerichtes II. Civilsenat vom 8. Juli 1881 i. S. Berlin-Kölner Versicherungsgesellschaft (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. II. 353/81 und vom 17. Jan. 1882 i. S. der Preuß. Feuerversicherungsgesellschaft (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. II. 52/81 über die Auslegung solcher Vertragsklausel:

„In Erwägung, daß der Appell.-Richter den §. 11 der Versicherungsbedingungen dahin auslegt, er solle nichts weiter bestimmen, als daß die Versicherungsgesellschaft während der bezeichneten Frist nicht zwangsweise zur Zahlung angehalten werden könne;

daß er auf Grund dieser Auslegung ohne Rechtsirrtum erklären konnte, daß die fragliche Vertragsbestimmung der Anwendung des Art. 1153 Code civil, gemäß dessen bei Einklagung von Geldforderungen Zinsen vom Tage der Klage zuzusprechen sind, nicht im Wege steht." D. E.

Im Urteile des I. Civilsenates vom 29. März 1882 i. S. W. (Kl.) w. die Kölnische Feuerversicherungsgesellschaft Colonia Rep. I. 149/81 ist betreffs des §. 15 der Versicherungsbedingungen, welcher genau mit dem oben S. 249 angeführten §. 15 übereinstimmt, ausgeführt:

„Daß durch diese Bestimmung die Verpflichtung zur Zahlung jeder Art von Legalzinsen, auch der Prozeßzinsen, hat ausgeschlossen werden sollen, ist evident. Eine solche Bestimmung aber verstößt an sich nicht contra bonos mores, findet vielmehr in der thatsächlichen Besonderheit des Feuerversicherungsgeschäftsbetriebes ihre Rechtfertigung; denn es ist im einzelnen Falle oft schwer, über das Vorhandensein und den Umfang der Entschädigungspflicht sich eine feste Überzeugung zu bilden, es läuft darum der bona fides nicht zuwider, wenn der Versicherer sich ausbedingt, daß er in zweifelhaften Fällen nicht früher zu zahlen braucht, als bis seine Zahlungspflicht, sei es durch Vereinbarung oder durch Urteil, festgestellt sein werde.

Dagegen darf die Bestimmung nicht dahin verstanden werden, daß der Versicherer berechtigt wäre, die Zeit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit beliebig hinauszuschieben, indem er in frivoler Weise das Zustandekommen einer Vereinbarung verhindert, den Versicherten zur Klaganstellung veranlaßt oder die Beendigung des

diesem Punkte aufzuheben. Ob aber die Beklagte wirklich, wie Kläger behauptet, in ungerechtfertigter Weise die Auszahlung der Versicherungssumme verweigert habe und deshalb ungeachtet der Fassung des §. 15 Abs. 1 der Policebedingungen zur Zinszahlung aus dem Gesichtspunkte des Schadenersatzes verpflichtet sei, ist in dem Berufungsurteile nicht genügend festgestellt worden und daher die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

5. Der aus den §§. 7. 8 und §. 11 S. 3 der Versicherungsbedingungen entnommene Revisionsangriff bezieht sich auf das Erkenntnis zu 3. a des Landgerichtsurteiles. Derselbe rügt, daß die Beklagte mit Unrecht schuldig erkannt worden sei, den Wert der beschädigten Maschinen nach deren Zustande zur Zeit der Vornahme der demnächst anzuordnenden Taxation zu ersetzen, während doch nur der Wert zur Zeit unmittelbar nach dem Brande, eventuell die Obmannstaxe mit 7200 ℳ maßgebend sein könne.

Der in den §§. 1 u. 7 der „allgemeinen Bedingungen" zum Ausdrucke gelangte Grundsatz, daß der Versicherte durch die Assekuranz nicht bereichert werden soll und als Maßstab für die Entschädigung der Wert der verbrannten, beschädigten oder abhanden gekommenen Gegenstände zur Zeit und am Orte des Brandes zu betrachten sei, schließt eine feststehende Gegenleistung des Versicherers aus und beschränkt solche auf den Zeitpunkt des eingetretenen Ereignisses und dessen Wirkung auf das versicherte Objekt. Danach würde die Beklagte nur denjenigen Schaden an den Maschinen zu ersetzen haben, welcher durch den Brand selbst, sowie das Ausräumen entstanden und durch die Besichtigung vom 10. April 1880 festgestellt worden ist, nicht aber auch diejenige Beschädigung, welche den Maschinen durch die spätere Lagerung (die Einflüsse der Witterung, die Oxydation) zugefügt wurde.

Die Vorinstanzen verkennen dies nicht. Wenn sie gleichwohl die Beklagte für verpflichtet erachten, den vollen Minderwert der Maschinen bis zum Belaufe des Gesamtwertes derselben am Tage des demnächstigen Superarbitriums zu vergüten, so beruht dies auf der schon zum

---

Rechtsstreites verzögert. Eine durch ein solches Verhalten versuchte Bereicherung auf Kosten des Versicherten kann durch die Berufung auf die Policebedingung nicht gerechtfertigt werden.

Im vorliegenden Falle kann jedoch der Beklagten eine solche Frivolität nicht vorgeworfen werden." D. R.

ersten materiellen Revisionsangriffe hervorgehobenen thatsächlichen Erwägung, daß der Inspektor der beklagten Gesellschaft dem Versicherten jede Veränderung am Zustande der Maschinen bis zu ausgemachter Sache untersagt und demselben die Mittel zur Konservierung der Maschinen schuldvoll verweigert habe. Mit Recht nimmt das Oberlandesgericht an, daß unter solchen Umständen die Anwendung jenes Grundsatzes ausgeschlossen sei. Die Beklagte muß die Folgen der von ihrem Beamten zum Zwecke der Schadensregulierung getroffenen Anordnung tragen. Deshalb und weil durch die Vorenthaltung der erforderlichen Mittel zur Erfüllung der dem Versicherten nach §. 6a der Police obliegenden Verpflichtung die Obligation auf Schadensersatz perpetuiert wurde, lagerten die Maschinen auf Gefahr der Gesellschaft.

Was die Obmannstaxe betrifft, so soll zwar der nach den Grundsätzen des §. 7 der „allgemeinen Bedingungen" zu ermittelnde Schaden gemäß §§. 9 und 11 daselbst durch spezielle Abschätzung zweier Sachverständigen und eventuell eines Obmannes „mit verbindlicher Kraft für beide Teile unter Ausschließung des Rechtsweges" festgestellt werden, und es ist gewiß, daß hier in der That eine derartige Taxation stattgefunden hat, Kläger mithin an sich verpflichtet wäre, mindestens die durch den erwählten Obmann ermittelte Entschädigungssumme von 7200 ℳ gelten zu lassen. Dem steht aber entgegen, daß die beklagte Gesellschaft über das Taxatum des Obmannes nicht anerkennt, und der Kläger dasselbe gleich der gesamten bis zum 1. Juni 1880 vorgenommenen Abschätzung deshalb angefochten hat, weil die Schätzer bei ihren Taxationen von unrichtigen thatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen seien, insofern sie den Minderwert der Maschinen zur Zeit des Brandes bezw. am Tage der Besichtigung ihrem Gutachten zu Grunde gelegt und nicht beachtet hätten, daß die Versicherungsgesellschaft auch für die fortschreitende Entwertung hafte.

Daß diese Einwand des Klägers gegen die erwähnten Gutachten faktisch begründt sei, hat das Oberlandesgericht in bindender Weise festgestellt. Auf seine rechtliche Relevanz läßt sich nicht bestreiten.

Die ernanten Experten sind nicht als Schiedsrichter, sondern als Schiedsmänner (arbitratores) zu betrachten. Wird, wie hier, von den Kontrahenten bezüglich der Erfüllung des Vertrages die Wertsermittelung dem Ermessen von Schätzern übertragen, so ist nach l. 30 pr. Dig. de oper. lib. 38, 1 im Zweifel davon auszugehen, daß sich

die Kontrahenten nur unter der Voraussetzung dem Gutachten der Sachverständigen unterwerfen wollten, daß dieses nach Recht und Billigkeit abgegeben werde. Deshalb erscheint die Anrufung richterlicher Hilfe zur Beseitigung des Ausspruches solcher Schiedsmänner zulässig, wenn der Verletzte nachzuweisen imstande ist, daß das Gutachten ein Akt der Willkür, offenbar ungerecht oder in hohem Grade unbillig sei.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 3 S. 74, Bd. 4 S. 428 flg.

Dasselbe muß auch für den Fall gelten, daß das Arbitrium auf falschen thatsächlichen Voraussetzungen beruht, die Sachverständigen also die ihnen durch den Vertrag und dessen Erweiterungen bei hinzutretendem Verzuge des Schuldners gezogenen sachlichen Grenzen überschritten haben, indem aus einem solchen Grunde sogar ein in seinen Rechtsfolgen nach strengeren Grundsätzen zu beurteilendes Kompromiß (Schiedsspruch) der Anfechtung unterliegt.

l. 32 §§. 15. 18. 19. l. 46 Dig. de recept. 4, 8.

Das Berufungsurteil ist danach auch nach dieser Richtung mit Unrecht angegriffen worden." . . .

---

55. Ist dem Fiskus gegenüber die ordentliche Ersitzung von Servituten ausgeschlossen?

III. Civilsenat. Urt. v. 11. März 1882 i. S. der Gemeinde A. (Kl.) w. Kgl. preuß. Forstfiskus (Bekl.). Rep. III. 96/81.

I. Generalkommission Kassel.
II. Oberlandeskulturgericht Berlin.

Aus den Gründen:

„Mit Unrecht bestreitet die Revisionsklägerin die Ausschließung der ordentlichen Ersitzung von Servituten den Fiskus gegenüber. Die Quellen selbst (l. 10 Dig. si serv. vnd. 8, 5.; l. 5 §. 3 Dig. de itinere priv. 45, 19.; l. 1 i. f. Dig de aqua 39, 3) sprechen sich über die Dauer der Ersitzungszeit bei Servituten überhaupt nicht näher aus, deuten aber auch nirgends a, daß für dieselbe

andere Grundſätze gelten ſollen, als für die Eigentumserſitzung, laſſen vielmehr erkennen, daß die Analogie derſelben keineswegs ausgeſchloſſen iſt (vgl. l. 2 Cod. de serv. et aqua 3, 34; l. 12 Cod. de praescr. longi temp. 7, 33). In dem Umſtande, daß die die außerordentliche Erſitzung einführende l. 8 Cod. de praescr. XXX. vel XL. ann. 7, 39 nur von der des Eigentumes redet, kann daher kein Grund gefunden werden, ſie nicht auch für die Servitutenerſitzung zur Geltung zu bringen, da der ganze Gedanke und Zweck des Geſetzes für beide Inſtitute ein gleicher iſt. Denn warum dem Fiskus gegenüber zwar das Eigentum nur in längerer Zeit erſeſſen werden könnte, eine ſein Eigentum aber mehr oder weniger erſchöpfende Servitut nur den gewöhnlichen Zeitraum erfordern ſollte, iſt nicht abzuſehen. Aus dieſen Geſichtspunkten hat ſich daher auch in neuerer Zeit Theorie und Praxis überwiegend dahin entſchieden, dem Fiskus gegenüber die zehn- oder zwanzigjährige Erſitzung von Servituten nicht genügend zu finden (vgl. die Entſch. bei Seuffert Bd. 14 Nr. 274, Bd. 18 Nr. 212, Bd. 13 Nr. 131, Bd. 5 Nr. 144, Bd. 32 Nr. 108, Bd. 35 Nr. 6; Heuſer, Annalen Bd. 24 S. 281; vereinzelt ſteht das Urteil bei Seuffert Bd. 28 Nr. 17), und es liegt kein Grund vor, hiervon vorliegenden Falles abzugehen." . . .

---

56. Iſt die Vorſchrift in l. unic. Cod. de sent. 7, 47, daß als Intereſſe nicht mehr gefordert werden darf, als das doppelte des Wertes des Obligationsgegenſtandes, auch dann anwendbar, wenn das Intereſſe nicht wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer beſtehenden Obligation gefordert wird, ſondern der Schadenserſatzanſpruch durch eine rechtswidrige Handlung entſteht?

III. Civilſenat. Urt. v. 14. März 1882 i. S. C. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. III. 155/81.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daſelbſt.

Aus den Gründen:

. . . „Wenn vom Revidenten geltend gemacht wird, es müſſe nach

l. unic. Cod. de sent. 7, 47 das doppelte des Wertes des zu restituierenden Schiffes als die äußerste Grenze der Höhe des Schadensersatzes angesehen werden, so ist auch diese Ausführung nicht zutreffend, vielmehr dem Oberlandesgerichte darin beizutreten, daß die l. unic. Cod. cit. im vorliegenden Falle nicht anwendbar sei. Es ist die in der Doktrin und Praxis vorherrschende Ansicht zu billigen, daß der in l. unic. cit. von Justinian aufgestellte Satz: Sancimus itaque, in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere, nur dann Anwendung finde, wenn jemand aus einem obligatorischen Grunde einen bestimmten Gegenstand zu fordern hat, und durch Nichtleistung oder nicht gehörige Leistung der Schuldner dem Gläubiger einen Schaden zufügt, wenn das Interesse wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung einer bestehenden Obligation gefordert wird und den nachfolgenden Gegenstand einer Obligation bildet, daß jene Verordnung dagegen keine Anwendung finde, wenn erst durch eine rechtswidrige, Schaden bringende Handlung eine Obligation entsteht und der Schadensersatz den prinzipalen Gegenstand der Forderung bildet. Letzteres ist aber vorliegend der Fall, indem der Anspruch auf Schadensersatz nicht auf einem Vertragsverhältnisse, sondern auf der widerrechtlichen Wegnahme des Schiffes durch den Beklagten beruht."

---

57. Ist der Rechtsweg nach gemeinem Rechte im Falle eines von einer Polizeibehörde unter Überschreitung der objektiven Grenzen ihrer Amtsbefugnisse begangenen Eingriffes in das Privateigentum zulässig?

I. Civilsenat. Urt. v. 15. März 1882 i. S. Magistrat der Stadt C. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 701/81.

I. Landgericht Schwerin.
II. Oberlandesgericht Rostock.

Dem Kläger, welcher sich im unbestrittenen und unbeschränkten Eigentum einer zwischen seiner Scheune und dem Rinnsteine der Orts-

straße belegenen Grundfläche befindet, untersagte der Magistrat der Stadt durch eine Verfügung vom 8. März 1881 bei Strafe, bei Tag oder Nacht „auf dem Trottoir" vor der gedachten Scheune Wagen stehen zu lassen. Als Kläger hierauf begann, den Platz einfriedigen zu lassen, befahl ihm der Magistrat durch Verfügung vom 19. März 1881 bei höherer Strafe, die Pfähle, welche er „auf dem Trottoir" neben der Scheune hart an der Straße habe einrammen lassen, von dort zu entfernen und sich eines ferneren Hemmens der Passage zu enthalten. Hierauf erhob er Klage mit dem Antrage, dem beklagten Magistrat jeden Eingriff in sein Eigentumsrecht an dem gedachten Platze bei Strafe zu untersagen. Die Klage wurde in erster Instanz, nachdem Beklagter im Termine nicht erschienen und deshalb Erlaß des Versäumungsurteiles beantragt worden war, wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen. In zweiter Instanz dagegen wurde, unter Verwerfung des Einwandes der Unzulässigkeit des Rechtsweges, nach dem Klagantrage erkannt und die hiergegen eingelegte Revision vom R.G. zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Was die Zulässigkeit des Rechtsweges betrifft, über welche nach §. 17 des Gerichtsverfassungsgesetzes das Gericht zu entscheiden hatte, da der Kompetenzkonflikt nach §§. 11. 12 der Verordnung vom 19. Mai 1879 (Regierungsblatt Nr. 21) nicht erhoben war, so unterliegt die Beurteilung derselben von seiten des Berufungsgerichtes der Nachprüfung des Revisionsgerichtes, da anzunehmen ist, daß das Berufungsgericht darüber nach gemeinem Rechte geurteilt hat. Der Beklagte hatte sich zur Begründung der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges auf die landesherrlichen Reskripte vom 23. Juni 1838 (Raabe, Gesetzsammlung Bd. 2 S. 282) berufen, welche den Rechtsweg für ausgeschlossen erklären, wo eine Verwaltungsbehörde „kraft der ihr zustehenden und obliegenden Rechte und Pflichten der aufsehenden und obrigkeitlichen Gewalt eine Bestimmung, Anordnung oder Verfügung erlassen hat", ferner auf §. 10 der landesherrlich bestätigten Trottoirordnung für die Stadt C. von 1856, welcher im ersten Absatz demjenigen, welcher sich durch das Verfahren oder durch die Einleitungen und Anordnungen des Magistrats in allen die neue Einrichtung und Verbesserung des Trottoirs betreffenden Angelegenheiten beschwert erachtet, den Rekurs an die Landesregierung unbenommen läßt, im zweiten Absatz dagegen „in dieser Polizei-Administrationsangelegenheit

alle und jede prozessualische Weiterung und Prozeßrechtsmittel" für ganz unzulässig erklärt. Indem das Berufungsgericht prüfte, ob diese Bestimmungen auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, entfernte es sich nicht von dem Boden des gemeinen Rechts. Denn die Reskripte vom 23. Juni 1838, welche im Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin nicht als Gesetze verkündigt, sondern nur an einzelne Gerichte und an den Magistrat zu R. aus Anlaß eines einzelnen Rechtsfalles erlassen worden sind, haben nicht die Bedeutung einer partikulären Rechtsnorm, sondern enthalten nur eine Darlegung der nach Ansicht der Großherzoglichen Regierung aus dem gemeinen Recht abzuleitenden Grundsätze. Der §. 10 der Trottoirordnung aber stellt sich lediglich als eine Anwendung der in diesen Reskripten dargelegten allgemeinen Regel dar. . . .

Dem Berufungsgerichte kann nun zwar darin nicht beigetreten werden, daß der Rechtsweg in dem vorliegenden Falle zulässig sei, weil die Erlasse des beklagten Magistrates vom 8. und 19. März 1881, welche den Kläger zur Anstellung der negatorischen Eigentumsklage veranlaßt haben, keine Polizeimaßregeln gewesen seien oder, wie es an einer anderen Stelle heißt, als polizeiliche Verfügungen nicht gelten können. Vielmehr unterliegt es nach dem festgestellten Inhalt dieser Erlasse keinem Zweifel, daß der beklagte Magistrat in seiner Eigenschaft als Ortspolizeibehörde in Ausübung der ihm bezüglich der Ortsstraßen zustehenden polizeilichen Gewalt handeln wollte und gehandelt hat, als er in der Meinung, daß der in Rede stehende Platz zum Trottoir gehöre, zur Verhütung von Verkehrsstockungen die Aufstellung von Wagen auf diesem Platze und die Einfriedigung desselben bei Strafe untersagte. Es handelt sich mithin nicht um einen rein privatrechtlichen Streit, wie er vorliegen würde, wenn der Beklagte auf Grund eines von ihm in Anspruch genommenen Privatrechtes oder ohne irgend einen Rechtsgrund in das Eigentum des Klägers eingegriffen hätte, sondern um Verfügungen, zu welchen der Beklagte kraft der ihm zustehenden obrigkeitlichen Gewalt sich berechtigt hält, während der Kläger die Rechtmäßigkeit dieser Verfügungen bestreitet.

Kann demnach dem angeführten Grunde des Berufungsgerichtes nicht zugestimmt, muß vielmehr in dieser Hinsicht der Angriff der Revisionsklägers für begründet erachtet werden, so ist doch die Entscheidung selbst aus anderen Erwägungen nach §. 520 C.P.O. aufrecht zu erhalten.

Nach §. 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes gehören die bürgerlichen

Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte, wenn nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten dafür begründet ist. Gegenüber der an sich im Rechtswege verfolgbaren Negatorienklage zum Schutze des klägerischen Eigentumes waren Umstände, welche den Rechtsweg bezüglich derselben ausschlossen, einredeweise darzulegen. Zur Begründung dieser Einrede genügte nicht die Darlegung, daß der beklagte Magistrat bei den als Eingriff in das klägerische Eigentum bezeichneten Verfügungen als Polizeibehörde gehandelt habe. Es bedurfte dazu auch der Darlegung, daß er kraft eines bezüglich des Klaggegenstandes ihm zustehenden obrigkeitlichen Rechtes gehandelt habe. Dies darzulegen hat der Beklagte nicht vermocht.

Die Befugnis der Polizeibehörden, zur Sicherung ungehinderten Verkehres auf öffentlichen Wegen Vorrichtungen auf angrenzenden Privatgrundstücken zu beseitigen, welche jenen Verkehr beengen oder gefährden, steht nicht in Frage, weil die Erlasse vom 8. und 19. März 1881, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, unter diesem Gesichtspunkte nicht ergangen sind. Vielmehr hat der beklagte Magistrat in der Unterstellung, daß der in Rede stehende Platz als Trottoir Bestandteil der Ortsstraße sei, bezüglich dieses vermeintlichen Teiles des öffentlichen Weges Störungen und Hemmungen des Publikums in der Benutzung desselben zu verhindern beabsichtigt. Diese Unterstellung bezeichnet das Berufungsgericht mit Recht als unrichtig. Aus dem Zugeständnisse des Beklagten, daß der Platz sich im Eigentume des Klägers befinde, folgt zwar noch nicht, daß derselbe kein Teil des öffentlichen Weges sei, da nach heutigem Rechte, wie auch von dem vormaligen O.A.G. zu Rostock (Sammlung der Entsch. Bd. 2 S. 69, Bd. 5 S. 293) anerkannt wurde, Privateigentum am Grund und Boden mit der Eigenschaft eines öffentlichen Weges nicht unverträglich ist und namentlich der Bürgersteig ungeachtet der Behandlung desselben als Teiles der Straße sich im Eigentume der Hausbesitzer befinden kann. Es hätte aber der Darlegung von seiten des Beklagten bedurft, weshalb der Platz ungeachtet des Eigentumes des Klägers zur Straße gehöre. Aus der Lage desselben zwischen der Scheune des Klägers und dem Rinnstein der Straße geht dies ebensowenig hervor, wie aus dem etwaigen — übrigens laut des Thatbestandes von dem Beklagten nicht einmal behaupteten — Umstande, daß das Publikum den Platz thatsächlich wie einen Teil der Straße benutzt hat. Daß der Platz durch eine Anord-

nung des Magistrates zur Straße gezogen worden sei, ist nicht behauptet; überdies würde nach der zutreffenden Ausführung des Berufungsgerichtes eine solche Verfügung nur dann wirksam gewesen sein, wenn der Magistrat kraft Eigentumes oder eines sonstigen Privatrechtes über den Platz zu verfügen berechtigt gewesen wäre. Ebensowenig ist behauptet, daß der Platz seit unvordenklicher Zeit als Teil des öffentlichen Weges sich im Gemeingebrauch befunden habe. Im Gegenteile hat Beklagter das freie uneingeschränkte Eigentum des Klägers an demselben anerkannt.

War demnach der in Rede stehende Raum kein Teil der Straße, fanden folglich auch die dem beklagten Magistrat hinsichtlich der Ortsstraßen und insbesondere hinsichtlich der Trottoirs zustehenden polizeilichen Befugnisse darauf keine Anwendung, so ergiebt sich hieraus nicht allein die Rechtswidrigkeit der Erlasse vom 8. und 19. März 1881, sondern auch die Grundlosigkeit der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Denn wie weit immer die ausschließliche Befugnis der Verwaltungsbehörden zur Beurteilung der Verwaltungsangelegenheiten nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes reichen mag, jedenfalls findet dieselbe nur innerhalb der objektiven Grenzen ihrer Amtsbefugnisse statt."[1]

58. Gehören die während bestehender Errungenschaftsgemeinschaft von dem Ehemanne vermöge eines ihm testamentarisch vermachten Nießbrauches gezogenen Nutzungen oder nur die von diesen Nutzungen gezogenen Nutzungen zur gleichen Errungenschaft?

I. Civilsenat. Urt. v. 5. April 1882 i. S. der geschiedenen Ehefrau H. (Bekl. u. Widerkl.) w. H. (Kl. u. Widerbekl.) Rep. I. 205/82.

[1] Vgl. Zöpfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechtes 5. Aufl. T. 2 §. 453; Zachariä, deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl. T. 2 §. 148 Nr. 15; Stahl Rechts- und Staatslehre Abteilung II, 2. Aufl., S. 457. 463; 3. Aufl. S. 607 flg.; Erkenntnisse des O.A.G.'s Parchim in dessen Rechtssprüchen Bd. 3 S. 63, des O.A.G.'s Lübeck in Hamburger Rechtsfällen Bd. 3 S. 850, des O.A.G.'s Kassel in Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 5. S. 327, des O.A.G.'s Kiel in Seuffert, Archiv Bd. 6 Nr. 253, des A.G.'s Celle daselbst Bd. 31 Nr. 108, des O.G.'s Wolfenbüttel daselbst Bd. 31 Nr. 179. D. E.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger wurde von seiner Ehefrau, der Beklagten, geschieden und als der schuldige Teil zur Herausgabe der Errungenschaft an dieselbe verurteilt. In dem über die Feststellung der Errungenschaft entstandenen Rechtsstreite verlangte die geschiedene Ehefrau, daß die für den Kläger angesammelten Zinsen der Hälfte des Nachlasses seines Bruders E. H. in die Errungenschaftsberechnung als Aktivum einzustellen seien. E. H. hatte testamentarisch die Kinder des Klägers zu Erben eingesetzt und dem Kläger den lebenslänglichen Nießbrauch seines Nachlasses vermacht. Da das Testament von einer Schwester angefochten wurde, welche im Falle der Ungültigkeit desselben mit dem Kläger je zur Hälfte Intestaterbrecht haben würde, so wurde die Hälfte des Nachlasses bis zur Entscheidung des Streites über die Gültigkeit des Testamentes unter Administration gestellt. Die von dem Administrator angesammelten Aufkünfte von dieser Hälfte des Nachlasses nimmt die Ehefrau des Klägers, soweit dieselben bis zur Trennung ihrer Ehe gezogen sind, als zur Errungenschaft gehörig für den Fall in Anspruch, daß der noch schwebende Erbschaftsstreit zu Gunsten des Klägers entschieden wird. In erster und zweiter Instanz wurde dieser Anspruch nur insoweit anerkannt, daß der Ehefrau des Klägers das Recht vorbehalten wurde, die aus der administrierten Nutznießung bis zur Trennung ihrer Ehe erzielten Erträgnisse zur Errungenschaft heranzuziehen. In der Revisionsinstanz dagegen wurde ihr Anspruch seinem ganzen Umfange nach anerkannt.

Aus den Gründen:

„Der Nießbrauch, welchen der Kläger durch testamentarische Anordnung seines Bruders E., deren Gültigkeit vorausgesetzt, beim Tode desselben an dessen Nachlaß während der Ehe erwarb, stand in Ansehung der Errungenschaftsgemeinschaft dem in die Ehe eingebrachten Vermögen des Klägers gleich. Nur die Früchte desselben gehörten zur ehelichen Errungenschaft. Hierbei erhebt sich die Frage, was als Frucht des Nießbrauches zu betrachten ist, die kraft desselben gezogenen Nutzungen des vom Nießbrauch ergriffenen Gegenstandes oder nur die von diesen Nutzungen gezogenen Nutzungen; ob mithin bei Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft nur die zukünftige Ausübung des Nießbrauches

zu seinem alleinigen Nutzen dem Kläger zukommt, die bis dahin gezogenen und noch vorhandenen Nutzungen dagegen demjenigen zufallen, welcher die Errungenschaft erhält, oder ob letzterem nur die vermittelst dieser Nutzungen erzielten Nutzungen zukommen, erstere Nutzungen dagegen dem Kläger als Bestandteil seines eingebrachten Vermögens auszukehren sind. . . .

Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob der Nießbrauch ein von dem Rechte auf die einzelnen Nutzungen zu unterscheidendes Recht ist, oder ob derselbe lediglich in dem Rechte auf die einzelnen Nutzungen besteht, sodaß er außerhalb desselben keine selbständige Existenz hat. Wäre letzteres anzunehmen, so würde kein Recht vorhanden sein, als dessen Ausfluß oder Erzeugnis das Recht auf die einzelnen Nutzungen angesehen werden könnte. Ist dagegen erstere Auffassung richtig, so erscheinen die kraft des Nießbrauches gezogenen Nutzungen als Früchte (Civilfrüchte) des Nießbrauches, indem das Recht zum Bezuge der einzelnen Nutzungen aus dem Gesamtrechte in ähnlicher Weise entspringt, wie das Recht zum Bezug der Naturalfrüchte aus dem Rechte an der fruchttragenden Sache. Es ist nun nicht zu bezweifeln, daß das gemeine Recht von der letzteren Auffassung ausgeht. Wenn ein Nießbrauch als dos bestellt wird, gilt in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung das Nießbrauchsrecht als Gegenstand der dos, wogegen die während der Ehe kraft desselben gezogenen Früchte nicht dotal werden;

l. 7 §. 2 Dig. de jure dot. 23, 3: jus ipsum (der Nießbrauch) in dote esse, non etiam fructus qui percipiuntur.

Wenn ein Nießbrauch vermacht wird, so wird im Gegensatz zum Vermächtnis jährlicher Renten, welches als eine Mehrheit von Zuwendungen betrachtet wird, deren jede besonders anfällt (l. 10. l. 12 Dig. quando dies legati 36, 2), das Nießbrauchsvermächtnis als eine einzige Zuwendung angesehen, welches auf einmal anfällt;

l. 1 pr. Dig. quando dies ususfr. 7, 3: quamquam ususfructus ex fruendo consistat, i. e. facto aliquo ejus, qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies.

Das römische Recht faßt demnach den Nießbrauch als eine einheitliche Berechtigung auf, aus welcher das Recht auf die vermöge des Nießbrauches zu ziehenden Nutzungen als eine Frucht von selbst

erwächst, wie auch nach deutschem Recht bei Reallasten, z. B. Auszugs- (Altenteils-) Berechtigungen, das Recht auf die einzelnen Leistungen als Frucht des Gesamtrechtes sich darstellt.

Vgl. v. Meibom im Jahrbuche des gemeinen Rechtes von Bekker und Muther Bd. 4 S. 504.

Der Einwand des Berufungsgerichtes, daß das Nutzungsrecht, abgelöst von seinen realen Erträgen, als ein rein ideeller Begriff überhaupt keinen Vermögenswert habe und daher das Vermögen einer Person auch nicht vermehren könne, ist nicht zutreffend, da die Entstehung eines Vermögensrechtes ohne Rücksicht auf dessen Wert im rechtlichen Sinne immer eine Vermögensvermehrung bewirkt. Überdies aber läßt sich der Wert eines Nießbrauchsrechtes, welcher in jedem gegebenen Zeitpunkte nach der mutmaßlichen Dauer des Rechtes und dem Umfange der vermöge desselben zu ziehenden Nutzungen bestimmt werden kann, von dem Werte der auf Grund des Rechtes wirklich zur Hebung gelangenden Nutzungen wohl unterscheiden.

Das hiermit gewonnene Ergebnis, daß die auf Grund des Nießbrauches gezogenen Nutzungen als Früchte des Nießbrauches anzusehen sind, wird unterstützt durch die Behandlung des Nießbrauches am Nießbrauche, welcher Fall besonders dann vorkommt, wenn durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein Nießbrauch an einem ganzen Vermögen entsteht, zu welchem ein Nießbrauchsrecht gehört. Im Gebiete des gemeinen Rechtes wird zwar in Ermangelung von Aussprüchen der römischen Rechtsquellen darüber gestritten, ob und in welchem Sinne ein Nießbrauch am Nießbrauche möglich sei;[1] dagegen ist man darüber einig, daß, insoweit diese Möglichkeit anzuerkennen ist, der Afternießbraucher die Erträgnisse des Nießbrauches während seines Rechtes gewinnt, ohne zur Herausgabe derselben bei Beendigung seines Rechtes verpflichtet zu sein.

Vgl. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch 1880, S. 50. Hieran zu zweifeln ist um so weniger Grund vorhanden, da die in

---

1 Vgl. Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes S. 21; Hanausek, Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch S. 80 Nr. 2; Stammler, Nießbrauch an Forderungen S. 10 flg.; Hartmann in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 22 S. 539 flg.

D. E.

Deutschland geltenden Civilgesetzbücher damit übereinstimmen. Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt §. 635, daß, wenn zu dem Vermögen, an welchem ein Nießbrauch besteht, ein Nießbrauch gehört, der Nießbraucher auf die Nutzungen des Gegenstandes des letzteren ebenso Anspruch hat, als wenn der Nießbrauch ihm zustände. Das P.A.L. I. 21. §. 42 bestimmt in Übereinstimmung mit §. 630 S.B.G.B., daß derjenige, welchem ein Nießbrauch an einem ganzen Vermögen oder Nachlaß bestellt ist, den vollen Ertrag der dazu gehörenden Leibrenten genießt; fallen aber sogar die Leibrentenbeträge, obgleich sie die Zinsen des zur Bestellung der Leibrente hingegebenen Kapitales übersteigen, dem Nießbraucher ohne Erstattungspflicht zu; so kann dies bezüglich der Erträgnisse eines vom Nießbrauche ergriffenen Nießbrauchsrechtes um so weniger bezweifelt werden. Denselben Grundsatz in betreff der Leibrenten stellt auch das französische Civilgesetzbuch Art. 588 auf, und es ist allgemein anerkannt, daß hierin die Anerkennung und Anwendung eines Grundsatzes zu finden ist, aus welchem auch folgt, daß bei einem Nießbrauche am Nießbrauche der Afternießbraucher die während der Dauer seines Rechtes gezogenen Erträge gewinnt.

Vgl. Zachariä, Handbuch des französischen Civilrechtes, 6. Ausg. Bd. 2 §. 227 Note 8;

Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 3e édit., T. 2 §. 230 Nr. 18. 19 und die daselbst angeführten;

Laurent, Principes du droit civil français T. 6 Nr. 425.

Wendet man die Regel, daß die auf Grund des Nießbrauches gezogenen Nutzungen als Früchte des Nießbrauches anzusehen sind, auf das eheliche Güterrecht an, so ergiebt sich zunächst, daß die Erträge eines zum Frauengute gehörigen Nießbrauches dem Ehemanne in demselben Umfange zukommen, in welchem er die Früchte des Frauengutes genießt, sowohl nach Dotalrecht,

vgl. l. 7 §. 2 Dig. de jure dotium 23, 3;

Glück, Pandektenkommentar Bd. 25 S. 11;

Bechmann, das römische Dotalrecht Abt. 2 S. 60. 188;

Czyhlarz, das römische Dotalrecht S. 235. 246;

Code civil Art. 1568,

als nach dem Rechte des ehemännlichen Nießbrauches,

Striethorst, Archiv Bd. 49 S. 270, Bd. 56 S. 345;

Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch §. 1688 vb. §. 635,

als auch nach dem Rechte der Errungenschaftsgemeinschaft, bei letzterer jedoch in der Weise, daß die Erträgnisse eines der Ehefrau zustehenden Nießbrauches in die Errungenschaft fallen.

Zugleich aber ergiebt sich in betreff des zum Vermögen des Ehemannes gehörigen Nießbrauches, daß die vermöge desselben während der Ehe gezogenen Nutzungen, welche bei Dotalrecht wie bei ehemännlichem Nießbrauche dem Ehemanne allein zufließen, bei bestehender Errungenschaftsgemeinschaft in derselben Weise zur Errungenschaft gehören, wie die Erträgnisse eines der Ehefrau zustehenden Nießbrauches. Denn wenn auch zwischen einem dem Ehemanne und einem der Ehefrau zustehenden Nießbrauche der Unterschied besteht, daß der Ehemann letzteren kraft seines durch die eheliche Gütergemeinschaft begründeten Nutzungs- und Verwaltungsrechtes, ersteren dagegen kraft seines von der Ehe unabhängigen eigenen Rechtes ausübt, so ist doch die Frage, ob und in welchem Umfange die Früchte des beiderseitigen eingebrachten zur Errungenschaft gehören, bezüglich des eigenen Vermögens des Mannes nicht anders zu beantworten, als bezüglich des von ihm nur verwalteten und benutzten Frauengutes.

Die Beklagte kann daher, falls der über die Gültigkeit des Testamentes des E. H. schwebende Rechtsstreit zu Gunsten des Klägers entschieden wird, die Einstellung der für den Kläger angesammelten Nutzungen des E. H.'schen Nachlasses bis zum 9. September 1879 in die Berechnung der Errungenschaft als Errungenschaftsaktivum begehren. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes, welche ihr dieses Recht abspricht, ist wegen Verkennung der gemeinrechtlichen Grundsätze über die Natur des Nießbrauchsrechtes als eines gegenüber dem Rechte auf die einzelnen Nutzungen selbständigen Rechtes aufzuheben."

---

59. Statutenkollision beim ehelichen Güterrechte und rücksichtlich solcher Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen, welche nicht im ehelichen Güterrechte wurzeln.

III. Civilsenat. Urt. v. 7. März 1882 i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 557/81.

I. Landgericht Wiesbaden.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Die Entscheidung ist unten unter „Prozeßrecht" abgedruckt.

---

60. Kann derjenige, welcher als Bevollmächtigter für einen Machtgeber kontrahiert hat, obwohl ihm keine Vollmacht erteilt war, von dem dritten Kontrahenten auf Erfüllung des Vertrages oder auf Entschädigung in Anspruch genommen werden?

III. Civilsenat. Urt. v. 17. März 1882 i. S. H. (Bekl.) w. L. (Kl.) Rep. III. 94/81.

I. Landgericht Neuwied.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Aus den Gründen:

„Auf einem den P.'schen Eheleuten zu D. gehörigen Grundstücke waren folgende Hypothekenschulden eingetragen:

a. 1050 ℳ nebst Zinsen für V. K.;
b. 1200 ℳ nebst Zinsen für W. B. zu W., Ehemann, bezw. Vater der Kläger;
c. 1350 ℳ nebst Zinsen für den Kaufmann Sn. H., Vater des Beklagten.

Das Grundstück kam auf Antrag der beiden ersten Hypothekengläubiger zur Zwangsversteigerung. Im Bietungstermine — 17. Juli 1878 — erschien Beklagter, und gab, wie der Appell.-Richter feststellt, für seinen Vater das Bestgebot von 2103 ℳ ab. Die Worte „für seinen Vater" sind, worüber die Ausführungen im zweiten Urteile keinen Zweifel lassen, gleichbedeutend mit: „in Vollmacht seines Vaters". Der Sn. H. weigerte sich, das Gebot seines Sohnes, des Beklagten, zu genehmigen. Der Appell.-Richter stellt fest, daß der Beklagte eine Vollmacht seines Vaters, welche ihn zum Bieten für denselben ermächtigte, nicht besessen hat, und auch nicht beschaffen kann. Das Versteigerungsgericht setzte hierauf einen neuen Verkaufstermin auf den

4. September 1878 an. In demselben gab Bz. K. das Meistgebot von 1200 ℳ ab, und erhielt dafür den Zuschlag. Kläger erachten den Beklagten verpflichtet, ihnen denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher für sie dadurch entsteht, daß nur ein Kaufgeld von 1200 ℳ statt 2103 ℳ zur Deckung der Hypothekenschulden vorhanden ist. Sie haben dementsprechend ihren Antrag gestellt. Der erste Richter hält die Klage für begründet, und der Appell.-Richter hat das verurteilende erste Erkenntnis bestätigt. Er führt aus, daß Beklagter sich durch Abgabe des Gebotes für seinen Vater, ohne Vollmacht desselben zu besitzen, den Klägern verantwortlich gemacht habe, und daß diese, da Beklagter die Vollmacht nicht beschaffen kann, Entschädigung von ihm beanspruchen dürfen.

Die gegen dieses Erkenntnis von dem Beklagten eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist nicht begründet. Die Entscheidung des Appell.-Richters muß vielmehr mit Rücksicht auf die in jetziger Instanz nicht angefochtenen thatsächlichen Grundlagen derselben für richtig erachtet werden.

Die Frage nach der Haftung des falsus procurator lag für das römische Recht anders, als für das jetzige. Denn da ersteres die Obligation in der Person des kontrahierenden Stellvertreters entstehen ließ, und davon ausging, daß nur die zwischen den Kontrahenten begründete Obligation mittels Cession übertragen werden konnte, so mußte es den kontrahierenden Stellvertreter stets für haftend erklären. Das jetzige Recht nimmt im Gegensatze dazu an, daß die durch einen Bevollmächtigten vermittelte Obligation direkt zwischen dem Machtgeber und dem Dritten zustande kommt. Soweit der Bevollmächtigte seiner Vollmacht gemäß handelt, kann Erfüllung der Obligation nur vom Machtgeber, nicht vom Bevollmächtigten gefordert werden.

Ob und in welchem Umfange nach diesem jetzt geltenden Rechte der als Bevollmächtigter abschließende dem Dritten haftet, wenn er keine Vollmacht besaß, und der Machtgeber das für ihn abgeschlossene Geschäft nicht genehmigt, ist eine in der Doktrin und Praxis vielfach erörterte Frage. Für das Handelsrecht hat Art. 55 H.G.B. die Vorschrift getroffen, daß Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, welche ein Handelsgeschäft schließen, ohne Prokura oder Handlungsvollmacht erhalten zu haben, ingleichen ein Handlungsbevollmächtigter, welcher bei Abschluß eines Geschäftes seine Vollmacht überschreitet, dem Dritten persönlich haftet,

und von ihm nach seiner Wahl auf Schadenersatz oder Erfüllung belangt werden könne.[1] Ähnlich bestimmt Art. 95 W.O., daß derjenige, welcher eine Wechselerklärung als Bevollmächtigter eines Anderen unterzeichnet, ohne dazu Vollmacht zu haben, persönlich in gleicher Weise haftet, wie der angebliche Machtgeber gehaftet haben würde, wenn die Vollmacht erteilt gewesen wäre. Die durch diese Vorschriften zum Gesetz erhobenen Rechtsgrundsätze haben auch in mehrere deutsche Landesgesetzgebungen Eingang gefunden (vgl. Preuß. A.L.R. I. 13. §§. 9. 96. 127. 171; Sächsisches Gesetzbuch §. 789). Das Reichsgericht nimmt an, daß die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und der Wechselordnung kein Sonderrecht für Handels- und Wechselsachen enthalten, sondern daß dieselben Rechtsgrundsätze auch im gemeinen Rechte Geltung haben. Der falsus procurator schließt seinerseits den Vertrag mit dem Dritten ab, wenn auch in fremdem Namen. Die rechtliche Folge, daß der Machtgeber direkt verpflichtet wird, und der Bevollmächtigte außer Verbindlichkeit bleibt, tritt nur ein, wenn die behauptete Vollmacht in Wirklichkeit erteilt ist. Fällt diese Voraussetzung fort, so haftet der angebliche Bevollmächtigte als Kontrahent. Er würde arglistig handeln, wenn er den Dritten an den Machtgeber verweisen wollte, obwohl er weiß oder wissen muß, daß derselbe wegen Mangels der Vollmacht an den Vertrag nicht gebunden ist. Der Dritte darf deshalb von dem Bevollmächtigten Erfüllung verlangen. Andererseits ist letzterer nicht berechtigt, zu verlangen, daß in seiner Bereiterklärung, persönlich in den Vertrag einzutreten, die Erfüllung seiner Verbindlichkeit gefunden werde. Denn ihm gegenüber ist eine Verbindlichkeit des Dritten überhaupt nicht existent geworden. Es hängt deshalb von der Wahl des Dritten ab, ob er den falsus procurator als Kontrahenten auf Erfüllung oder auf Entschädigung in Anspruch nehmen will.

Geht man von diesen Rechtsgrundsätzen aus, so ist die Rüge des Beklagten, der Appell.-Richter verstoße gegen den Begriff und die Haftung des falsus procurator, unbegründet. Einer ausdrücklichen

[1] Die in Art. 55 H.G.B. für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte getroffene Bestimmung ist in Art. 298 Abs. 2 auf alle Bevollmächtigte, welche Handelsgeschäfte ohne Vollmacht oder mit Überschreitung derselben abschließen, ausgedehnt. D. E.

Gewährleistung, daß die behauptete Vollmacht erteilt sei, oder die Genehmigung des Machtgebers erfolgen werde, bedarf es zur Begründung der Entschädigungsklage nicht."[1] . . .

---

61. 1. Ist die actio negatoria auch wegen übermäßigen Lärmes im Nachbarhause begründet?
2. Wieweit kann mit der negatoria Schadensersatz gefordert werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 29. März 1882 i. S. M. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. I. 705/81.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Revisionskläger hat in seinem in Frankfurt a. M. in der Schlachthausgasse neben dem Hause der Revisionsbeklagten belegenen Gebäude nach vorgängiger polizeilicher Genehmigung und nachdem auch die Revisionsbeklagten ihre Zustimmung hierzu erklärt hatten, eine Druckerei mit Dampfbetrieb eingerichtet. In derselben wird auch während der Nacht gearbeitet. Nach der thatsächlichen Feststellung des oberlandesgerichtlichen Urteiles verursacht der Betrieb der Druckerei in der Regel, und zwar insbesondere auch zur Nachtzeit, in dem Hause der Kläger Lärm und Erschütterungen in einem Grade, welcher das Maß des Erträglichen übersteigt, und die ordnungsmäßige Benutzung der Wohnungen dieses Hauses wesentlich beeinträchtigt. Das Urteil hat deshalb das des Landgerichtes bestätigt, durch welches dem Antrage der Kläger entsprechend der Beklagte verurteilt worden ist:

---

[1] Vgl. Thöl, Handelsrecht 6. Ausg, Bd. 1 §. 75 S. 265. 268; Zimmermann, die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio S. 259; Laband in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 10 S. 234; Buchka, Stellvertretung S. 238; Bähr in Ihering, Jahrb. Bd. 10 S. 289. Aus der Praxis: Seuffert, Archiv Bd. 33 Nr. 20, Bd. 29 Nr. 234 und die dortigen Citate.

D. E.

1. rücksichtlich der in seinem Hause betriebenen Druckerei solche Einrichtungen zu treffen, daß die mit dem dermaligen Betriebe verbundene Erschütterung des klägerischen Hauses und der mit demselben verbundene Lärm auf ein erträgliches Maß zurückgeführt werde,

2. den Klägern, vorbehaltlich der Liquidation, allen Schaden zu ersetzen, welcher denselben durch die mit dem dermaligen Betriebe der Druckerei des Beklagten verbundene, übermäßige Erschütterung des klägerischen Hauses und durch den mit demselben verbundenen übermäßigen Lärm entstanden ist und noch entstehen wird.

Die vom Beklagten gegen das oberlandesgerichtliche Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Allerdings hat das für Frankfurt a. M. maßgebende gemeine Recht keine Vorschrift, welche ausdrücklich anordnet, daß der Grundeigentümer wegen übermäßigen Lärmes, welcher auf dem benachbarten Grundstücke erregt wird, klagen kann.

Ebensowenig läßt sich aber mit Grund behaupten, daß es dieserhalb keine Klage gebe, und daß der Grundeigentümer auf polizeilichen Schutz zu verweisen sei, wie solche Behauptungen allerdings in der juristischen Literatur aufgestellt und auch in der Rechtsprechung, insonderheit nach dem Zeugnis des landgerichtlichen Urteiles in der früheren Frankfurter Praxis, befolgt worden sind.

Zunächst würde damit der Grundeigentümer auf einen nicht ausreichenden Schutz verwiesen. Denn die Polizei kann es nicht für ihre Aufgabe halten, lediglich im Interesse einzelner Privaten wegen eines Lärmes einzuschreiten, welcher diese, nicht aber das Publikum im allgemeinen oder einen größeren Teil desselben beunruhigt, wenn sich der Lärm eben nur auf einem beschränkten Raume, innerhalb der nächsten Wohnungen vernehmen läßt, ohne öffentliche Störungen hervorzurufen. Nach §. 27 Gewerbeordnung muß zwar die Errichtung solcher Anlagen, deren Betrieb mit ungewöhnlichem Geräusch verbunden ist, der Ortspolizeibehörde angezeigt werden. Die Untersagung der Ausübung des Gewerbes an der gewählten Betriebsstätte kann aber nach den in §. 27 getroffenen Bestimmungen nur erfolgen, wenn in der Nähe Kirchen, Schulen oder andere öffentliche Gebäude, Krankenhäuser oder

Heilanstalten vorhanden sind, deren bestimmungsmäßige Benutzung durch den Gewerbebetrieb auf dieser Stelle eine erhebliche Störung erleiden würde. Das ist der polizeiliche Gesichtspunkt.

Sodann braucht sich aber auch derjenige, dessen Privatrecht verletzt wird, die Verweisung auf den polizeilichen Schutz nicht gefallen zu lassen, vielmehr dient zum Schutz des verletzten Privatrechtes die gerichtliche Klage. — Es ist aber anzuerkennen, daß das Grundeigentum nicht bloß durch körperliche Einwirkungen auf das Grundstück, Immissionen, verletzt wird; das Eigentum wird von den Menschen ausgeübt nicht um der Sache willen, an welcher es zusteht, sondern um des menschlichen Bedürfnisses willen, welches durch die Sache befriedigt wird.

Das Recht an der Sache wird verletzt, nicht bloß wenn die Integrität der Sache beschädigt wird, sodaß sie aus diesem Grunde nicht mehr dem Bedürfnis, für welches sie bestimmt ist, so dienen kann wie im unverletzten Zustande; sondern auch dann, wenn die Benutzbarkeit der Sache für Menschen aus einem Grunde verhindert oder erschwert wird, welcher sich gegen die Menschen selbst richtet, deren Bedürfnis durch die an dieser Stelle befindliche Sache befriedigt werden soll. Wenn die Bewohnbarkeit eines Hauses dadurch verhindert oder erschwert wird, daß auf dem Nachbargrundstücke ein fortwährendes außergewöhnliches Geräusch, namentlich zur Nachtzeit verursacht wird, so wird dadurch nicht weniger das Eigentum an dem zum Wohnen bestimmten Hause verletzt, wie wenn von dem Nachbargrundstücke Steinsplitter über die Grenze herüberfliegen, oder wenn von dort aus Gase herüberdringen, welche das Brunnenwasser vergiften, oder wenn die Wände des Gebäudes durch eine von dem Nachbargrundstücke aus eindringende Feuchtigkeit beschädigt werden.

Die zum Schutze gegen unerlaubte Eingriffe in das Eigentum bestimmte Klage ist deshalb wegen Erregung unerlaubten Lärmes, welcher die bezeichnete Wirkung hat, für statthaft zu erachten, wennschon in den römischen Rechtsquellen die Zulässigkeit der Klage für diesen Fall nicht besonders bezeugt ist.

Für erlaubt kann aber die Erregung eines außergewöhnlichen Lärmes nicht schon um deswillen gelten, weil derselbe durch einen erlaubten Gewerbebetrieb auf dem eigenen Grundstücke erzeugt wird. In-

folge davon, daß die Privatgrundstücke nebeneinander liegen, sind die verschiedenen Eigentümer darauf angewiesen, in der Benutzung je ihres Grundstückes auf die Benutzbarkeit der benachbarten Grundstücke Rücksicht zu nehmen, sich solcher Benutzung zu enthalten, welche nicht ausführbar ist, ohne die Benutzbarkeit der benachbarten Grundstücke zu verhindern. Denn in der Rechtsgemeinschaft des Staates hat das Eigentum des einen denselben Anspruch auf Anerkennung wie das Eigentum des anderen.

Diese Sätze mögen eine Modifikation erleiden, wenn ein für das allgemeine Bedürfnis notwendiges Gewerbe überhaupt nicht anders betrieben werden kann, als unter Erregung eines Menschen belästigenden Geräusches, gleichviel an welcher Stelle und gleichviel in welcher Weise das Gewerbe betrieben werden mag.

Allein hier liegt ein solcher Fall nicht vor. Eine Druckerei wird sich mit Dampf auch zur Nachtzeit innerhalb einer größeren Stadt so betreiben lassen, daß die ordnungsmäßige Benutzung der benachbarten Wohnhäuser nicht wesentlich beeinträchtigt wird, z. B. wenn dazu ein so ausgedehntes Grundstück gewählt wird, daß sich das in den mittleren Räumen erzeugte Geräusch nicht auf die Nachbargrundstücke überträgt. Ist eine solche Ausübung ohne die festgestellte Beeinträchtigung der Nachbarn auf dem schmalen Grundstücke des Beklagten, wie dieser behauptet hat, nicht möglich, so kann er nicht fordern, daß sich die Nachbarn diese Beeinträchtigung gefallen lassen müßten, weil er dieses Grundstück zur Ausübung seines Gewerbes gewählt hat. Daß sich die gleichfalls zur Klage gestellte und von den Vorderrichtern für unerlaubt erachtete Erschütterung selbst bei dem Gewerbebetriebe des Beklagten auf dem von ihm erwählten Grundstücke vermeiden läßt, geht daraus hervor, daß sie in dem gerichtlichen Lokaltermine nicht wahrgenommen worden ist. Nach der thatsächlichen Feststellung des Oberlandesgerichtes verursacht der Betrieb der Druckerei des Beklagten in der Regel, und zwar insbesondere auch zur Nachtzeit in dem Hause der Kläger Lärm und Erschütterungen in einem Grade, welcher das Maß des erträglichen übersteigt und die ordnungsmäßige Benutzung der Wohnungen dieses Hauses wesentlich beeinträchtigt. Damit ist die Negatoria begründet.

Soweit Revisionskläger dazu verurteilt ist, Einrichtungen zu treffen, durch welche die Verletzung des Eigentumes der Revisionsbeklagten in

den gedachten Beziehungen beseitigt wird, muß seine Revision zurückgewiesen werden.

Auch die Verurteilung zum Schadensersatze entspricht den Gesetzen, soweit sie sich auf die Zeit seit der Klagerhebung bezieht, welche nach §. 239 C.P.O. in dieser Beziehung an die Stelle der Litiskontestation getreten ist.

Vgl. l. 19 §. 1 Dig. de usuris et fructibus 22, 1; l. 4 §. 2 Dig. si servitus vindicetur 8, 5; dazu Ihering, das Schuldmoment S. 26 Anm. 42a.

Daß der mit der Negatoria Belangte soweit auf das Interesse des Klägers zu verurteilen ist, rechtfertigt sich für die Zeit nach dem Urteile damit, daß der Beklagte dem Urteile nicht Genüge leistet, für die Zeit des Prozesses entspricht es dem allgemeinen Grundsatze, daß der siegreiche Kläger durch das Urteil dasjenige erhalten soll, was er gehabt haben würde, wenn im Augenblicke der Litiskontestation das Urteil hätte erfolgen können. Der Prozeß geht insoweit, als dieser Grundsatz durchgeführt ist, auf Gefahr des Beklagten.

Dagegen ist nicht zu erwarten, daß die Quellen den Satz bestätigen sollten, daß mit der Negatoria schlechthin, auch für die Zeit vor der Klagerhebung das Interesse des Klägers, welches er daran hatte, daß sein Eigentum nicht verletzt wurde, gefordert werden dürfte; denn es würde dies allgemeinen Rechtsprinzipien widersprechen. Die Negatoria ist auch da begründet, wo das Eigentum durch ein lediglich objektives Unrecht verletzt wird. Der Umstand aber, daß jemand durch seine Handlung objektiv ein fremdes Recht verletzt, begründet wohl einen Anspruch auf Beseitigung des Fortbestandes dieses objektiv widerrechtlichen Verhaltens, er reicht aber nicht aus, um eine Verpflichtung des Urhebers jener Verletzung zum Schadensersatze zu begründen — Ihering, das Schuldmoment S. 6 flg. —, es muß dazu ein weiterer Rechtsgrund hinzutreten, sei es eine subjektive Verschuldung des Schadensstifters, sei es ein Vertrag etwa des Inhaltes, daß die von ihm beabsichtigte Handlung auf seine Gefahr gehe, sei es ein anderer Grund, welcher diesen Übergang der Gefahr auf den Handelnden rechtfertigt und dergleichen. Nun ist auch in den Quellen deutlich ausgesprochen, daß besondere Thatsachen vorliegen müssen, wenn wegen solcher Verletzungen, welche die Negatoria oder die Confessoria begründen, aus der

Zeit vor der Litiskontestation für Schaden gehaftet werden soll, sei es daß eine cautio damni infecti geleistet war — l. 29 Dig. de serv. praed. urb. 8, 2; l. 17 §. 5 Dig. si servitus vindicetur 8, 5 —, sei es daß eine Verschuldung des Beklagten vorliegt — l. 5 Cod. de serv. 3, 34 „injuriose exstruxit".

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob im römischen Prozesse mit der Negatoria solcher Schaden überhaupt nicht habe gefordert werden können, dazu vielmehr die besonderen Klagen anzustellen gewesen seien, welche diesem Zwecke dienten — Ihering a. a. O. S. 26 flg. —. Im heutigen Prozesse genügt es, es ist aber auch erforderlich, daß, wenn wegen Eigentumsverletzung zugleich Schadensersatz für die Zeit vor der Klagerhebung verfolgt wird, von dem Kläger in diesem Prozesse solche Thatsachen behauptet werden, aus welchen sich die Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatze ergiebt. Die hier entwickelten Grundsätze sind oberstrichterlich bereits wiederholt anerkannt;

vgl. das Urteil des Oberappellationsgerichtes Berlin bei Seuffert, Archiv Bd. 21 Nr. 213, das Urteil des Oberappellationsgerichtes München in den Blättern für Rechtanwendung Bd. 35 S. 405 flg.

Nun wird sich in vielen Fällen, wenn gegen den Urheber der Verletzung negatorisch geklagt wird, das Moment der Verschuldung aus der Erzählung des thatsächlichen Vorganges ergeben, durch welche die Verletzung begründet ist, sodaß beim Mangel der Darlegung entschuldigender Momente die bewußte oder fahrlässige Rechtswidrigkeit ohne weiteres festzustellen ist. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich um die bisher sehr bestrittene Frage, wieweit der Grundeigentümer gegen den Nachbar wegen eines Lärm und Erschütterung erzeugenden Gewerbebetriebes den Anspruch auf Abänderung der entsprechenden Vorrichtungen hat. In dem landgerichtlichen Urteile ist bezeugt, daß dieselbe in Frankfurt a. M. früher konstant verneinend entschieden worden ist; dazu kommt, daß der Beklagte die Konzession zu seiner Anlage mit Genehmigung der Kläger erhalten hat. Unter solchen Umständen läßt sich daraus, daß, wie nunmehr in diesem Prozesse erkannt ist, die Anlage des Beklagten objektiv das Recht der Kläger verletzt, nicht ohne weiteres ableiten, daß die Verletzung auch dem Beklagten als Schuld anzurechnen sei. Andere Thatsachen, aus welchen sich die Haftung des Beklagten für den Schadensersatz ergeben könnte, sind von den vorder-

richterlichen Urteilen auch nicht festgestellt, von den Klägern nicht behauptet.

Soweit es sich um den Schadensersatz aus der Zeit vor der Klagerhebung handelt, ist also das oberlandesgerichtliche Urteil aufzuheben und die erhobene Klage abzuweisen."

---

62. Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes?[1] Kann in der bloßen Gerichtspraxis ein Gewohnheitsrecht gefunden werden?

III. Civilsenat. Urt. v. 18. April 1882 i. S. M. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 127/81.

I. Kreisgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Die Eheleute M., welche weder vor noch während ihrer Ehe einen Vertrag über ihr eheliches Güterrecht abgeschlossen haben, nahmen ihren ersten Wohnsitz zu H. in einem Bezirke Holsteins, in welchem nach dem dort geltenden ehelichen Güterrechte eine Schuldengemeinschaft unter Eheleuten nicht stattfindet. Von dort zogen sie späterhin nach Th. in der holsteinischen Grafschaft Rantzau, für welche die Regel der Schuldengemeinschaft der Eheleute gilt. Hier starb der Ehemann M.; über seinen Nachlaß brach Konkurs aus. Die Witwe M. stellte gegen den Konkursverwalter Klage an auf Herausgabe der ihr gehörigen Mobilien, welche derselbe zur Konkursmasse gezogen hatte und ihr herauszugeben sich weigerte, weil er sie als gemäß der örtlichen güterrechtlichen Regel den Konkursgläubigern verhaftet ansah. Die Klage

---

[1] Über die Litteratur und Judikatur vgl. Seuffert, Archiv Bd. 18 Nr. 1. Aus der späteren Zeit für die Unwandelbarkeit: Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 23 Nr. 120 S. 397; Seuffert Bd. 20 Nr. 2 (Wolfenbüttel); Bd. 24 Nr. 104 (Darmstadt); Bd. 28 Nr. 187 u. Bd. 32 Nr. 103 (Berlin); Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 1 §. 34 Nr. 5; Roth, Deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 280. Für die Wandelbarkeit: Seuffert Bd. 26 Nr. 188 (Rostock). D. E.

wurde in erster Instanz abgewiesen, in zweiter Instanz für begründet erkannt. Auf die Revision des Beklagten wurde das zweitinstanzliche Erkenntnis bestätigt aus folgenden

Gründen:

„Unter den Parteien ist nur die Frage streitig, ob die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann durch ihren Umzug der güterrechtlichen Regel ihres neuen Wohnortes unterworfen worden sind.

Diese Frage ist zu verneinen.

In betreff der gemeinrechtlichen Kontroverse über die sogenannte Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes ist die von der Vorinstanz befolgte Ansicht zu billigen, daß das bei Ermangelung von Eheverträgen unter Eheleuten durch die Gesetze ihres ersten Wohnsitzes begründete eheliche Güterrecht durch den Umzug derselben in ein anderes Rechtsgebiet keine Umänderung erleidet, sofern und soweit nicht der Beibehaltung desselben verbietende Gesetze des neuen Wohnortes entgegenstehen.[1] Das Güterrecht, welches die Eheleute beim Beginne ihrer Ehe — einerlei, ob durch Vertrag oder infolge der Gesetze ihres ersten Wohnsitzes — annehmen, tritt unter ihnen (unbeschadet ihrer Befugnis zu vertragsmäßigen Abänderungen desselben) in Kraft mit der Bestimmung, die ganze Dauer ihrer Ehe zu beherrschen, und wird somit durch seine Entstehung für die ganze Dauer ihrer Ehe begründet. Dies folgt aus der ehe rechtlichen Natur des Güterrechtes und aus dem Zusammenhange des Güterverhältnisses unter Lebenden mit den Rechten auf den Todesfall, und zeigt sich überdies auch darin, daß für manche güterrechtliche Verhältnisse der Übergang aus einem Güterrechte in ein anderes, wenn derselbe nicht auf Grund einer vertragsmäßigen Auseinandersetzung erfolgt, mit den größten Schwierigkeiten verknüpft und sogar völlig unausführbar sein kann. Da den durch Gesetz begründeten gegenseitigen Vermögensrechten der Eheleute ganz derselbe Anspruch auf Schutz und Anerkennung zukommt, wie ihren vertragsmäßigen Rechten, so muß man davon ausgehen, daß die Gesetze des neuen Wohnortes ebenso, wie ihnen ein Eingriff in die fernere Wirksamkeit der von den einziehenden Eheleuten an ihrem früheren Wohnorte für die ganze Dauer

[1] Vgl. das unten unter „Prozeßrecht" abgedruckte Urteil des III. Civilsenats v. 7. März 1882 i. S. B. w. B. Rep. III. 557/81. D. R.

ihrer Ehe abgeschlossenen Eheverträge nicht zuzuschreiben ist, auch in die Fortdauer des unter denselben durch die dortigen Gesetze für die gleiche Dauer begründeten Güterrechtes nicht eingreifen wollen. Die sogenannte Wandelbarkeitstheorie muß ferner auch schon deshalb als unzulässig erscheinen, weil sie zu dem den Rechten der Ehefrau zuwiderlaufenden Resultate führt, daß der Ehemann vermöge der ihm zustehenden Befugnis, den ehelichen Wohnsitz ohne Zustimmung seiner Ehefrau zu verändern, die Macht hätte, nach seinem einseitigen Belieben auch eine Abänderung des Güterrechtes seiner Ehe herbeizuführen. Wenn dagegen für diese Theorie angeführt wird, es müsse im Interesse der Sicherheit der Kreditverhältnisse sich jedermann darauf verlassen können, daß alle an einem Orte bestehenden Ehen der örtlichen güterrechtlichen Regel unterworfen seien, so scheitert dieser Grund in solcher Allgemeinheit schon an der Statthaftigkeit vertragsmäßiger Abweichungen von der örtlichen Regel, und wenn man diesem Grunde doch wenigstens die Bedeutung beigelegt haben will, daß ebenso, wie die Wirksamkeit der Eheverträge, auch die Fortdauer der Wirksamkeit des an dem früheren Wohnorte der Eheleute begründeten Güterrechtes dritten Personen gegenüber durch eine öffentliche Bekanntmachung bedingt sein müsse, so steht dem entgegen nicht bloß einerseits, daß eine öffentliche Bekantmachung der Eheverträge, als Bedingung ihrer Wirksamkeit dritten Personen gegenüber, weder durch das gemeine Recht erfordert noch auch in allen Partikularrechten vorgeschrieben ist, sondern außerdem und vor allem auch andererseits, daß man aus den Beschränkungen, an welche der Gesetzgeber die Befugnis, ein von der örtlichen Regel abweichendes Güterrecht zu begründen, geknüpft hat, keineswegs folgern kann, daß der Gesetzgeber von denselben Beschränkungen auch seine Anerkennung der unter den in sein Gebiet einziehenden Eheleuten bereits bestehenden Güterrechte habe abhängig machen wollen.

Bleibt hiernach noch zu untersuchen, ob, wie der Beklagte auszuführen versucht hat, der Grundsatz der Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechtes für Holstein und insbesondere für die Grafschaft Rantzau partikularrechtliche Geltung habe, so muß auch dies in Übereinstimmung mit der in Seuffert, Arch. Bd. 32 Nr. 103 mitgeteilten Entscheidung des preußischen Obertribunales verneint werden. Die Vorinstanz hat ausreichend nachgewiesen, daß in den dortigen

Partikulargesetzen eine Anerkennung dieses Grundsatzes nicht enthalten ist. Für die Annahme eines entsprechenden dortigen Gewohnheitsrechtes läßt sich weiter nichts anführen, als die Thatsache, daß in den holsteinschen Gerichten lange Zeit die Ansicht, daß die gemeinrechtliche Kontroverse im Sinne der Wandelbarkeitstheorie zu entscheiden sei, für richtig gehalten und konstant befolgt worden ist; es kann aber in dieser bloßen Gerichtspraxis, die nur auf einer für unrichtig zu erachtenden Rechtsanschauung beruht hat, ein Gewohnheitsrecht nicht gefunden werden."[1]

[1] Vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 3 Nr. 59 S. 210. D. R.

III. Preußisches Recht.

63. Liegt darin für sich allein, daß ein mit seinen Gläubigern über den Erlaß eines gleichmäßigen Teiles ihrer Forderungen ein Privatabkommen treffender Schuldner mit einem scheinbar jenem Abkommen beitretenden Gläubiger vor und bei Abschluß jenes Abkommens verabredet, daß er demselben trotzdem dessen ganze ursprüngliche Forderung bezahlen wolle, eine unerlaubte oder die Ehrbarkeit verletzende Handlung?

Welches Rechtsgeschäft liegt vor, wenn nach Abschluß eines solchen Privatabkommens zwischen einem Gläubiger und dem Schuldner dahin kontrahiert wird, daß die ganze ursprüngliche Forderung dieses Gläubigers berichtigt werden solle?

I. Civilsenat. Urt. v. 9. November 1881 i. S. Th. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. I. 45/81.

I. Landgericht Stettin.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte, ein Kaufmann, geriet in Zahlungsverlegenheit, er wendete sich an seine Geschäftsgläubiger mit der Aufforderung, ihm gegen Berichtigung einer gleichmäßig bemessenen Quote ihrer Forderungen den Rest zu erlassen. Sämtliche Gläubiger unterzeichneten Reverse jener Aufforderung entsprechenden Inhaltes. Einer derselben klagte später den nach dem Inhalt des von ihm gezeichneten Reverses erlassenen Teil seiner Forderung ein, behauptend, daß vor und bei Unterzeichnung des Reverses zwischen ihm und dem Beklagten verabredet sei, daß ihm trotz jener Unterzeichnung seine ganze ursprüngliche Forderung

bezahlt werden solle. Für den Fall, daß ihm der Beweis dieser Behauptung mißlinge, behauptete er, daß der Beklagte nach Unterzeichnung jenes Reverses mit ihm einen Vertrag dahin geschlossen habe, daß derselbe die ganze ursprüngliche Forderung zu zahlen sich verpflichte. Der Beklagte wendete in dem nach dem Allg. Landrechte und dem Handelsgesetzbuche zu beurteilenden Falle ein, daß, wenn die besondere Abmachung mit dem Kläger vor und bei dem Abschlusse des Privatabkommens mit seinen Gläubigern getroffen sei, darin eine unerlaubte Handlung liege, und daß, wenn es nach dem Abschlusse des Privatabkommens gethätigt sei, darin eine wegen Formmangels unwirksame Schenkung zu finden sei. Diese Ausführungen des Beklagten wurden für verfehlt erachtet aus folgenden

Gründen:

„Bei dem Zwangsakkorde nach der preußischen Konkursordnung ist es allerdings für unerlaubt, ja sogar für kriminell strafbar erklärt, wenn ein Gläubiger sich besondere Vorteile dafür versprechen läßt, daß er bei der Beratung und Beschlußnahme der Gläubiger in einem gewissen Sinne stimme, und ist es ein Essentiale dieses Zwangsakkordes, daß eine ungleiche Bestimmung der Rechte einzelner Gläubiger nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig sei (§§. 186. 309. 341 a. a. O.).

Diese gesetzlichen Bestimmungen dürfen aber nicht analogisch ausgedehnt werden. Dieselben bilden lediglich das Gegengewicht zu dem Zwange, welcher bei jenem Akkorde im Konkurse gegen die in der Minorität befindlichen Gläubiger ausgeübt wird. Im Falle eines Privatabkommens zwischen einem in Zahlungsverlegenheit befindlichen Schuldner, welches darauf gerichtet ist, daß die Gläubiger nur mit einem Teile ihrer Forderung befriedigt werden, der Rest erlassen werden soll, liegt in einer Abrede des Schuldners mit einem oder einigen Gläubigern, daß sie trotz eines scheinbaren Erlasses desjenigen Teiles ihrer Forderung, welcher dem als zu erlassen in der allgemeinen oder gleichförmigen Offerte des Schuldners an seine Gläubiger bezeichneten Teile der Gläubigerforderungen entspricht, in Wirklichkeit den ganzen Betrag ihrer Forderung oder doch einen größeren Teil als andere Gläubiger erhalten sollen, für sich allein noch keineswegs der Thatbestand eines Betruges oder überhaupt einer unerlaubten Handlung im

Sinne der §§. 35 Tit. 3 und 68 Tit. 5 oder einer die Ehrbarkeit beleidigenden Handlung im Sinne des §. 7 A.L.R. I. 4. Eine solche Qualifikation würde nur einem Verhalten beizumessen sein, in welchem sich ein solches Abkommen mit anderweiten Momenten so verknüpfte, daß in demselben ein arglistiges auf rechtswidrige Beschädigung der anderen Gläubiger gerichtetes Verhalten zu finden wäre, und auch dann würde niemals die Folge entstehen, daß der Schuldner dem mit ihm zum Nachteil der übrigen Gläubiger zusammenwirkenden Gläubiger gegenüber geltend machen dürfte, letzterer sei an den nur zum Schein erklärten Erlaß gebunden; vielmehr würden nur die arglistig beschädigten Gläubiger das geschlossene Abkommen unter Umständen anfechten bezw. Schadensersatz-Ansprüche erheben können, der Schuldner höchstens die Erfüllung solcher Verpflichtungen verweigern können, welche über die Grenze der ursprünglichen Forderungsrechte des jenes Abkommen abschließenden Gläubigers hinaus diesem Gläubiger lediglich als Lohn für sein den anderen Gläubigern gegenüber arglistiges Verhalten zugesichert worden waren. —

Solche anderweiten Momente sind (wie der Appellationsrichter zutreffend klargelegt hat) in dem vorliegenden Streitfalle nicht behauptet worden.

Unrichtig ist es ferner, daß in einem Rechtsgeschäfte, welches (nach Abschluß eines Privatabkommens zwischen einem in Zahlungsverlegenheit befindlichen Schuldner überhaupt, namentlich aber eines Kaufmannes, mit seinen Gläubigern, daß er nur verpflichtet sein solle, einen Teil ihrer Forderungen zu bezahlen und daß ihm die Gläubiger, in Erwägung seiner traurigen Lage, den Rest ihrer Forderungen erlassen sollten, zwischen diesem Schuldner und einem jener Gläubiger dahin kontrahiert wird, daß der Schuldner den in jenem Privatabkommen als erlassen bezeichneten Teil der Forderungen dieses Gläubigers in bestimmten Raten abzahlen wolle, ein Schenkungsversprechen liege, welches im Geltungsgebiet des A.L.R.'s zur Klagbarkeit der gerichtlichen Form bedürfe. Es liegt in einem solchen Rechtsgeschäft vielmehr ein Anerkenntnisvertrag, ein Konstitut desjenigen Teiles der ursprünglichen Forderung, welcher nach dem früheren Privatabkommen allerdings nicht mehr als ein erzwingbares Recht geltend gemacht werden durfte, aber zu dessen Tilgung (mit Rücksicht auf die Voraussetzungen des früheren Abkommens) nach der Anschauung der guten Sitte überhaupt, namentlich

aber bei einem Kaufmanne, eine moralische Verbindlichkeit, eine Ehrenpflicht, bestand; sodaß der Konstituent das Rechtsgeschäft des Konstituts nach dem der Bestimmung des §. 178 A.L.R. I. 16 zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzip nicht als eine nicht begründete Leistung kondizieren darf. —

Bezüglich eines solchen Konstitutes, wenn dasselbe (wie im vorliegenden Fall) von einem Kaufmann sogar gegenüber einem Kaufmanne in Bezug auf eine ursprüngliche Forderung aus einem Handelsgeschäfte abgeschlossen ist, ist die Rechtsverbindlichkeit desselben (auch bei einem mehr als fünfzig Thaler werten Gegenstande, dem Abschlusse in dem Geltungsgebiete des A.L.R.'s und des H.G.B.'s, und der nur mündlichen Form der Erklärung) nach Art. 317 H.G.B. anzunehmen." [1]

---

64. Beschlagnahme einer Forderung durch eine preußische, zur Zwangsvollstreckung berechtigte Verwaltungsbehörde gegen einen außerhalb Preußens domizilierten Drittschuldner.

Verordn. v. 30. Juli 1853 (G.S. S. 909) u. Verordn. v. 7. Dezbr. 1879 (G.S. S. 591).

I. Hilfssenat. Urt. v. 23. September 1881 i. S. Königl. preußischen Steuerfiskus (Bekl. u. Widerkl.) w. Z. (Kl. u. Widerbekl.) Rep. IV a. 853/81.

I. Kreisgericht Halle.
II. Oberlandesgericht Naumburg.

Die Handelsgesellschaft Gebr. K. & C. in Zörbig hatte als Versicherte von der Leipziger Feuerversicherungsgesellschaft zu Leipzig 7525 ℳ Brandentschädigung zu fordern. Erheblich mehr schuldete sie sowohl dem Kgl. preuß. Steuerfiskus an rückständiger Rübenzuckersteuer als dem Kläger Z. aus einem vollstreckbaren Wechseljudikat. Das Kgl. Hauptsteuer-

[1] Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 (2. Aufl.) §. 3 S. 7 und §. 63 S. 144; der abweichenden Ausführung in den Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 16 Nr. 52 S. 184 flg. war nicht beizupflichten. D. E.

amt zu Halle verfügte zur Beitreibung des Steuerrückstandes die Beschlagnahme der Brandentschädigungsforderung und ließ die Beschlagnahmeverfügung mittels der Post der Direktion der Leipziger Feuerversicherungsgesellschaft in Leipzig und deren Agenten in Zörbig am 25. April 1878 zustellen; zwei Tage später ward vom Exekutionsrichter dieselbe Brandentschädigung dem Kläger Z. zur Tilgung seines Wechselanspruches in Kraft einer Cession überwiesen. Da der Fiskus diese Überweisung, der Kläger aber die Beschlagnahme nicht anerkannte, so ließ die Feuerversicherungsgesellschaft die 7525 ℳ als Streitsumme ad dep. jud. zahlen; und nunmehr beantragte Z. klagend, der Fiskus widerklagend die Gestattung der Auszahlung an ihn. Den Streitbetrag sprach der erste Richter dem Fiskus, der Appellationsrichter dem Kläger Z. zu, und das Reichsgericht hat das Appellationsurteil bestätigt.

Aus den Gründen:

„Die Zahlung der Brandentschädigung war nicht in Leipzig oder von dem Agenten in Zörbig, sondern von der Generalagentur der Leipziger Feuerversicherungsgesellschaft in Magdeburg zu leisten, und zwar, wie nicht anders angenommen werden kann, infolge des Umstandes, daß die Zulassung der Gesellschaft zum Geschäftsbetriebe in Preußen von der Bestellung einer der preußischen Jurisdiktion und der preußischen staatlichen Vollzugsgewalt unterworfenen Vertretung abhängig gemacht worden ist. Dieser Sachlage würde es entsprochen haben, wenn das Hauptsteueramt in Halle die Beschlagnahmeverfügung der Generalagentur zu Magdeburg nach Maßgabe der §§. 31. 35 und 2 der Verordnung vom 30. Juli 1853 durch einen Exekutor oder einen derjenigen Beamten, deren sich die Kgl. preuß. Steuerämter als Exekutoren zu bedienen haben, hätte zustellen lassen. Statt dessen hat das Hauptsteueramt die Beschlagnahmeverfügung an die der Vollzugsgewalt des preußischen Staates nicht unterworfene Direktion der Leipziger Feuerversicherungsgesellschaft in Leipzig und daneben an die Agentur in Zörbig, die aber nicht Zahlungsstelle ist, und über deren Befugnis zur Vertretung der Versicherungsanstalt nichts vorliegt, gesandt, und die Zustellung in Leipzig wie in Zörbig durch einen Postbriefträger bewirken lassen. Nun möchte zuzugeben sein, daß eine Zustellung der Beschlagnahmeverfügung an die genannte Direktion in Leipzig mit voller rechtlicher Wirkung dann vorliegen würde, wenn die Kgl. sächs. Vollzugsbehörde auf Ersuchen der Kgl. preußischen ver-

mittelnd eingetreten wäre. Es bedarf auch keiner besonderen Erörterung und Entscheidung der Frage, ob der Umstand, daß die Kgl. preuß. Verwaltungsbehörde die Zustellung der Beschlagnahmeverfügung durch einen Postbriefträger hat bewirken lassen, an und für sich schon die Beschlagnahmeverfügung zu einer wirkungslosen macht. Denn der gedachten, an die Direktion der Leipziger Feuerversicherungsgesellschaft in Leipzig gerichteten Verfügung ist die Wirksamkeit schon darum abzusprechen, weil der Kgl. preuß. Vollzugsbehörde innerhalb des Königreichs Sachsen, in welchem die Beschlagnahmeverfügung dem Drittschuldner gegenüber zur Wirksamkeit gelangen sollte, keine Vollzugsgewalt zusteht, und von der Kgl. preuß. Verwaltungsbehörde die Vermittelung der Kgl. sächs. Behörde, welche ihrerseits als Vollzugsorgan der Staatsgewalt im Königreich Sachsen aufzutreten berufen gewesen wäre, nicht in Anspruch genommen ist. Der Umstand, daß die Rübenzuckersteuer, um deren Einziehung es sich handelt, zu den deutschen Reichssteuern gehört, ändert hierin nichts. Die Steuerbehörden der Staaten, welche das Deutsche Reich bilden, verfahren bei Einziehung der Steuer kraft der ihnen von dem Staate, welcher sie bestellt hat, verliehenen Vollzugsgewalt; es ist daher unzulässig, daß von einer Steuerbehörde des einen Staates Maßregeln, welche in einem anderen Staate wirksam werden sollen, ohne Mitwirkung der Behörde dieses anderen Staates getroffen werden. Daß das staatsrechtliche Verhältnis der einzelnen deutschen Staaten, welche das Deutsche Reich bilden, zu einander in der angegebenen Beschränkung der Vollzugsgewalt der Verwaltungsbehörden der einzelnen Staaten auf das betreffende Staatsgebiet nichts geändert hat, ist auch preußischerseits im §. 17 der im §. 14 des preuß. Ausführungsgesetzes zur Deutschen Civilprozeßordnung vom 24. März 1879 (Ges.-S. S. 281) vorbehaltenen Kgl. Verordnung vom 7. Sept. 1879, betreffend das Verwaltungszwangsverfahren (Ges.-S. S. 591), nach welchem eine in einem anderen deutschen Staate zu bewirkende Zustellung mittels Ersuchens der zuständigen Behörde desselben zu geschehen hat, unzweideutig anerkannt worden. — Der an die Agentur in Zörbig erlassenen Beschlagnahmeverfügung aber kommt darum keine Wirkung zu, weil, wie erwähnt, diese Agentur nicht Zahlungsstelle ist und über ihre Befugnis zur Vertretung der Versicherungsanstalt überall nichts vorliegt.

Hiernach kann nicht angenommen werden, daß die Nichtbeachtung

der Beschlagnahmeverfügung des preußischen Hauptsteueramtes für die Leipziger Feuerversicherungsgesellschaft nachteilige Rechtsfolgen gehabt haben und eine der Beschlagnahmeverfügung zuwider erfolgte Zahlung dem preußischen Steuerfiskus gegenüber als nicht geschehen anzusehen sein würde. Nun hat allerdings die Anstaltsdirektion in Leipzig die Verfügung in der Art beobachtet, daß auf ihre Veranlassung der Betrag der Brandentschädigung gerichtlich deponiert worden ist. Aber diese faktische Wirkung der Beschlagnahmeverfügung, die offenbar nur die Folge davon ist, daß die Direktion der Versicherungsanstalt der Prüfung, wer der berechtigte Empfänger der Brandentschädigungssumme sei, sich hat entschlagen wollen, erspart die Beantwortung der Rechtsfrage nicht, ob die Gültigkeit der Rechtsakte, durch welche der Kläger das Gläubigerrecht der Handelsgesellschaft Gebr. K. & C. erworben haben will, durch die fragliche Verfügung unter der Voraussetzung, daß die stattgehabten Zustellungen an die Anstaltsdirektion in Leipzig und die Agentur in Zörbig vor jenen Rechtsakten erfolgt wären, beeinträchtigt sein würde. Muß diese Frage aus den obigen Gründen wegen des Mangels geordneter Zustellung verneint werden, ist also eine ordnungsmäßig erfolgte Festlegung der Forderung nicht anzunehmen, so folgt, daß der Beklagte nicht befugt ist, der vom Kläger begehrten Auszahlung der Streitmasse zu widersprechen."

---

65. Sind Reformierte, welche ihren Wohnsitz innerhalb des Bezirkes einer nach Einführung der Union ohne ausschließliche Beziehung zu einem der beiden Bekenntnisse der Augsburgischen Konfessionsverwandten gegründeten Kirchengemeinde genommen haben, als Mitglieder der letzteren zu den Parochiallasten verpflichtet?

IV. Civilsenat. Urt. v. 12. Dezember 1881 i. S. Kirchengemeinde zu O. (Kl.) w. S. u. Gen. (Bekl.) Rep. IV. 769/81.

I. Landgericht Danzig.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die evangelische Kirchengemeinde zu O. hat die beiden Beklagten S., Vater und Sohn, wegen persönlicher Kirchenabgaben in Anspruch

genommen. In erster Instanz sind Beklagte verurteilt, in zweiter ist die Klägerin abgewiesen. Auf eingelegte Revision ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Berufung gegen das erste Urteil zurückgewiesen. Den Thatbestand ergeben die

Gründe:

„Nach den Vorträgen der Parteivertreter im Verhandlungstermine handelt gegenwärtig der einzige Streitpunkt nur über die Frage, ob die beiden Beklagten als in die Parochie der klagenden Kirchengemeinde eingepfarrt zu erachten sind.

Nach dem feststehenden Thatbestande ist die klagende Gemeinde nach Einführung der Union als Pfarrgemeinde der evangelischen St. Jakobskirche in O. im Jahre 1834 gegründet und besteht aus allen evangelischen Bewohnern gewisser Ortschaften, darunter des Ortes O. Die beiden Beklagten sind reformierten Glaubensbekenntnisses und wohnen seit einer Reihe von Jahren in O., wo sich eine besondere Parochie für die Reformierten nicht befindet; sie haben sich bisher zu der reformierten Kirche St. Petri und Pauli zu O. gehalten, und behaupten, noch gegenwärtig ausschließlich der letzteren, der Union nicht beigetretenen, Kirchengemeinde als Mitglieder anzugehören.

Dieser Thatbestand ist gleichartig mit demjenigen, auf welchem das im kirchlichen Gesetz- und Verordnungsblatte für 1878 S. 172 im Auszuge mitgeteilte Erkenntnis des ehemaligen Obertribunales vom 22. Februar 1864 beruht, und der dortigen Annahme, daß in einem solchen Falle auch die reformierten Einwohner bei der dortigen evangelischen Kirche als deren Eingepfarrte zu allen Lasten und Abgaben, welche aus dem Parochialverbande fließen, verpflichtet sind, muß beigetreten werden. Hiermit steht das Bd. 5 S. 300 dieser Entscheidungen abgedruckte Erkenntnis des Reichsgerichtes vom 22. September 1881 in der Sache der evangelischen Kirchengemeinde zu K. wider den Gutsbesitzer W. nicht in Widerspruch. In diesem Erkenntnis ist auf jenes Obertribunalserkenntnis hingewiesen und das demselben zu Grunde liegende Sachverhältnis ausdrücklich als ein besonderes, abweichendes erklärt, für welches eine Entscheidung nicht getroffen werden solle. Das reichsgerichtliche Erkenntnis vom 22. September 1881 faßt ausschließlich den Fall ins Auge, daß von einer vor der Einführung der Union gegründeten, der Union beigetretenen Kirchengemeinde, welche ursprünglich eine lutherische, nicht eine reformierte gewesen ist, die reformierten Einwohner als ein-

gepfarrt und abgabenpflichtig in Anspruch genommen werden, und sowie in diesem Falle der Anspruch mit Recht verneint ist, weil, wie dort ausgeführt wird, für eine ursprünglich nur lutherische oder nur reformierte Kirchengemeinde der bloße Beitritt zur Union einen Wechsel im Glaubensbekenntnis und eine Veränderung in den Parochialverhältnissen nicht hervorbringe, so muß im vorliegenden Prozesse die Beurteilung auf Grund des abweichenden Sachverhältnisses ein anderes Resultat herbeiführen.

Nach A.L.R. II. 11. §§. 111. 237. 238. 260. 261 ist es ein Vorrecht des Staates, die Zugehörigkeit der Einwohner als beitragender Mitglieder zu einer Kirchengemeinde ihrer Religionspartei zu bestimmen und zu diesem Zwecke der Kirchengemeinde einen gewissen Distrikt in bestimmten Grenzen anzuweisen, und alle Einwohner derselben Religionspartei, welche innerhalb dieses Distriktes ihren Wohnsitz aufgeschlagen haben, sind hierdurch vom Staate in die betreffende Parochie gewiesen und sind zu den beitragenden Mitgliedern der Kirchengemeinde daselbst zu rechnen. Eine vor der Union gegründete lutherische Gemeinde hat also nur die lutherischen, nicht auch die reformierten Einwohner der Parochie zu ihren beitragenden Mitgliedern gezählt, und sie hat durch den Beitritt zur Union eine Änderung des Glaubensbekenntnisses, auf welchem sie steht, nicht vorgenommen, also auch nicht den Eintritt der einer anderen Religionspartei angehörigen reformierten Einwohner in die Zahl ihrer Gemeindemitglieder bewirkt. Auf diesem Standpunkte steht das Erkenntnis des Reichsgerichtes vom 22. September 1881. Anders liegt die Sache im gegenwärtigen Falle.

Nach Einführung der Union ist die klägerische Gemeinde gegründet, nicht als eine auf dem besonderen lutherischen oder nur auf dem reformierten Glaubensbekenntnis stehende, sondern als Pfarrgemeinde der evangelischen St. Jakobskirche zu O., d. h. als eine zu den beiden in Preußen anerkannten Bekenntnissen der augsburgischen Konfessionsverwandten sich gleichmäßig verhaltende, gleichzeitig auf beiden Bekenntnissen stehende Korporation, und ihr sind ausdrücklich alle evangelischen Einwohner, namentlich des Ortes O., d. i. sowohl die lutherischen als die reformierten Einwohner als Mitglieder zugewiesen. Diese Errichtung eines und desselben Pfarrsystems für beide Religionsparteien und die Zuweisung der Angehörigen beider Parteien in Eine Gemeinde sind nach den obengenannten Paragraphen Akte eines ausdrücklich dem

Staate zugeteilten Hoheitsrechtes; sie können vor den Gerichten nicht angefochten, von diesen nicht beseitigt oder abgeändert (die Ausnahme des §. 240 a. a. O. liegt hier nicht vor), und sie müssen von allen Beteiligten als zu Recht bestehend anerkannt werden, solange nicht letztere im Wege der Beschwerde bei den kompetenten Verwaltungsbehörden selbst eine Änderung des bestehenden Zustandes erwirkt haben. Beklagte haben daher das Rechtsverhältnis gegen sich gelten zu lassen, in welches sie zu der klagenden Kirchengemeinde dadurch eingetreten sind, daß diese als eine Pfarrgemeinde sowohl für die reformierten als die lutherischen Einwohner von O. gegründet, und von Staats wegen die dortigen Einwohner beider Parteien der klagenden Gemeinde als beitragende Mitglieder zugewiesen worden sind. Die Beklagten gehören als Reformierte nicht zu einer anderen Religionspartei als derjenigen, für welche die evangelische Pfarrgemeinde zu O. gegründet ist, weil diese eine Korporation ebenso der Reformierten als der Lutherischen ist, und hiernach ermangelt ihnen die unerläßliche Voraussetzung, unter welcher allein der §. 261 a. a. O. sie von der Verpflichtung ausnimmt, zur Parochialkirche des Ortes, wo sie ihren Wohnsitz haben, die aus dem Parochialverbande fließenden Abgaben und Lasten beizutragen. Nach §. 260 a. a. O. ist das ausschließlich entscheidende Moment für die Zugehörigkeit der Beklagten zur klagenden Gemeinde ihr Wohnsitz in O., und hierbei ist es gleichgültig, ob sie früher Mitglieder der reformierten Gemeinde St. Petri und Pauli zu D. gewesen, auch ob sie bisher es noch geblieben sind, da die gleichzeitige Mitgliedschaft bei zwei verschiedenen Kirchengemeinden faktisch und rechtlich zulässig ist, und das freiwillige Verbleiben der Beklagten bei einer auswärtigen Gemeinde die Klägerin nicht hindern kann, in Anwendung des §. 260 dieselben als zur Kirche in O. eingepfarrt zu behandeln und zu den Abgaben für letztere heranzuziehen."

---

66. Wirkung einer Pfändung und Überweisung zur Einziehung, welche von dem Gläubiger des Erben auf ein Kapital erwirkt ist, auf welches der Testator ein Summenvermächtnis angewiesen hat.

A.L.R. I. 12. §§. 416 flg.
C.P.O. §. 709.

IV. Civilsenat. Urt. v. 12. Januar 1882 i. S. W. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. IV. 809/81.

I. Landgericht Schweidnitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Partikulier Franz K. hat der Klägerin ein Legat von 1000 Thlrn. ausgesetzt und zu diesem Legate den gleichen Betrag eines ihm zustehenden Hypothekenkapitales von 1700 Thlrn. mit dem Vorrechte vor dem Überreste bestimmt. Der Vorschußverein zu S. ließ wegen einer ihm an den Alleinerben Robert K. zustehenden Forderung von 2445 ℳ den entsprechenden Teil des Hypothekenkapitales pfänden und sich zur Einziehung mit dem Vorrechte vor dem Überreste überweisen; er trat dann seine Forderung an den Beklagten ab. Bei der Subhastation des verpfändeten Grundstückes beanspruchten beide Teile das auf die Hypothekenpost gefallene Percipiendum von 1914 ℳ.

Der Berufungsrichter hat dasselbe der Klägerin zugesprochen, weil der Alleinerbe die Hypothekenforderung im Wege des Erbganges nur mit der Beschränkung, hiervon 1000 Thlr. mit dem Vorrechte vor dem Überreste zur Befriedigung der Klägerin zu verwenden, erworben habe, und der Vorschußverein (mithin auch der Beklagte, als dessen Cessionar) gemäß A.L.R. Einleitung §. 101 an diese Beschränkung gebunden sei.

Auf die Revision des Beklagten ist die Klägerin mit ihrem Klaganspruche abgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter legt die testamentarische Anordnung des Partikulier Franz K. dahin aus, daß nicht die Teilpost selbst legiert ist, sondern daß die Klägerin von dem Erben lediglich beanspruchen kann, daß derselbe dieses Zahlungsmittel zur Berichtigung der legierten Summe verwende, also 1000 Thlr. von jener Post der Klägerin überlasse.

Nach dieser durch Auslegung des Testamentes gewonnenen Feststellung, welche nach §. 524 C.P.O. für das Revisionsgericht maßgebend ist, ist das Legat nach A.L.R. I. 12. §§. 416 flg. zu beurteilen.

Danach begründete das Legat für die Klägerin eine Forderung an den Universalerben Robert K. auf Zahlung der 1000 Thlr. und zugleich das Recht, von ihm zu verlangen, daß er dazu die Hypothekenforderung verwende. Das letztere Recht war ein rein obligatorisches;

es enthielt nicht einmal einen Titel auf Erwerb des betreffenden Anteiles der Hypothekenpost; es hatte keine Verpflichtung des Robert K., der Klägerin den entsprechenden Teil abzutreten, zum Inhalte, sondern nur seine Verpflichtung, nach Einziehung oder sonstiger Disposition über das Kapital von dem dadurch gezogenen Gelde 1000 Thlr. an die Klägerin zu zahlen. Er erwarb das Eigentum der Hypothekenforderung unbeschränkt.

Diese Unabhängigkeit des Legates von dem Eigentume des Erben zeigt sich in A.L.R. I. 12. §. 416. Aus §§. 417. 418 läßt sich das Gegenteil nicht folgern, sondern nur der Satz herleiten, daß auch bei einem solchen Legate der Erbe nur soweit oneriert sein solle, als er durch Zuwendung des Eigentumes der Hypothek honoriert ist.

Nun kann man die Frage, ob der Vorschußverein als bloßer Assignatar (Beauftragter: A.L.R. I. 16. §. 251) bei Einziehung der Forderung an die Verpflichtung seines Assignanten Robert K., in der testamentarisch bestimmten Weise über den Erlös zu verfügen, gebunden war, dahingestellt sein lassen. Denn der Vorschußverein hatte nicht bloß die Rechte eines Assignatars, sondern daneben durch die stattgehabte Pfändung der Forderung zugleich die Rechte eines Faustpfandgläubigers erworben (§. 709 C.P.O.). Dieses Pfandrecht war, da der Robert K. Eigentümer der Hypothekenpost war und als solcher das Recht der Verpfändung hatte, auch der Klägerin gegenüber voll wirksam. Denn durch ein dingliches Recht der Klägerin war das Eigentum des Robert K. nicht beschränkt, und auch aus den Vorschriften A.L.R. I. 10. §§. 22. 23 konnte die Klägerin kein Recht herleiten, da sie, wie gezeigt, keinen Titel auf Übertragung des Eigentumes an der Post hatte.

Der vom Berufungsrichter herangezogene A.L.R. Einleit. §. 101 ist dem Pfandrechte des Vorschußvereines gegenüber nicht anwendbar.

Da nun das Recht des Vorschußvereines, und namentlich auch das durch Pfändung erworbene Pfandrecht desselben, dem Beklagten cediert ist, so folgt daraus, daß der Klägerin das in Anspruch genommene Recht auf den bei der Kaufgelderbelegung zur Hebung gekommenen Teil der Forderung nicht zusteht, also ihr Klaganspruch unbegründet ist." ...

67. Bedarf es der im A.L.R. II. 1. §. 426 vorgeschriebenen Wiederholung der Bekanntmachung des die Gütergemeinschaft unter den Eheleuten ausschließenden Vertrages dann nicht, wenn sowohl der Ort, wo die Eheleute ihren ersten Wohnsitz genommen, als der „andere Ort", an welchen sie ziehen, in demselben örtlichen Bezirke belegen sind, für welchen ein und dasselbe Regierungsamtsblatt existiert?

II. Hilfssenat. Urt. v. 19. September 1881 i. S. V. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. Va. 475/81.

I. Kreisgerichtsdeputation Tuchel.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Nach der Feststellung des Appellationsrichters haben die V.'schen Eheleute ihr erstes Domizil in Konitz genommen und die dort geltende allgemeine Gütergemeinschaft vor Gericht ausgeschlossen, auch ist diese Ausschließung gehörig, durch dreimalige Einrückung des betreffenden Publikandums in den öffentlichen Anzeiger des Amtsblattes der Königlichen Regierung zu Marienwerder, bekannt gemacht worden. Später sind die Eheleute nach Tuchel übergesiedelt, welches damals noch zum Konitzer Kreise gehörte. Eine Wiederholung jener Bekanntmachung ist hier nicht erfolgt.

Wegen daselbst kontrahierter Schulden des Mannes wurden eingebrachte Gegenstände der Ehefrau abgepfändet, und die Interventionsklage derselben vom Appellationsrichter abgewiesen, weil nach A.L.R. II. 1. §. 426 eine Wiederholung der Bekanntmachung in Tuchel erforderlich gewesen wäre, um der Ausschließung der Gütergemeinschaft Wirksamkeit gegen Dritte zu verleihen. Die hiergegen eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der gedachte §. 426 bestimmt:

„Wenn Eheleute, welche die an dem Orte ihres ersten Wohnsitzes obwaltende Gütergemeinschaft durch einen Vertrag ausgeschlossen haben, an einen anderen Ort ziehen, wo dergleichen Gemeinschaft ebenfalls stattfindet, so muß die Bekanntmachung des ausschließenden Vertrages wiederholt werden."

Dem Orte des ersten Wohnsitzes wird hier der „andere Ort" entgegengesetzt, an welchen die Eheleute ziehen, und zwar ganz allgemein,

ohne zu unterscheiden, ob dieser „andere Ort" in derselben Provinz, bezüglich demselben Kreise liegt. Jedenfalls lag es nahe, wenn diese Vorschrift nicht als ganz allgemein hingestellt gelten sollte, eine Ausnahme hinsichtlich der „anderen Orte" zu treffen, die in derselben Provinz belegen sind, in welcher der erste Wohnsitz genommen war. Hat der Gesetzgeber eine dergleichen Ausnahme nicht getroffen, so darf auch der Richter eine solche nicht zulassen.

Dieser Ausführung steht die Art und der Umfang der Bekanntmachung nicht entgegen. . . .

Es verlangt A.L.R. II. 1. §. 422 eine Bekanntmachung des ausschließenden Vertrages in den Zeitungen oder Intelligenzblättern der Provinz. An die Stelle der Intelligenzblätter ist der öffentliche Anzeiger des für jeden Regierungsbezirk erscheinenden Amtsblattes getreten (§. 3 des Gesetzes vom 31. Dezember 1849 Ges.-S. S. 441, Verordnung vom 28. März 1811 Ges.-S. S. 165) und die Bekanntmachung muß in dem Amtsblatt derjenigen Regierung erfolgen, in deren Bezirk der Richter seinen Sitz hat, dem die Verfügung der Bekanntmachung obliegt. Zuständig ist aber der Richter des Bezirkes, innerhalb dessen die Eheleute nach geschlossener Ehe ihren Wohnsitz nehmen. (§. 76 Anhang zum A.L.R. §. 4 Gesetz vom 20. März 1837 Ges.-S. S. 63.)

Die Bekanntmachung geschieht hiernach für einen bestimmten örtlichen Bezirk und äußert ihre Wirkung auf alle in demselben wohnenden und verkehrenden Personen derart, daß sich keine dieser Personen mit Unkenntnis der erfolgten Bekanntmachung entschuldigen darf (vgl. §§. 2b, 3 der Verordnung vom 28. März 1811 Ges.-S. S. 165, Deklaration vom 14. Januar 1813 Ges.-S. S. 2). Im vorliegenden Falle war zu der hier in Rede stehenden Zeit der Anzeiger des Amtsblattes der Königlichen Regierung zu Marienwerder sowohl betreffs der Bekanntmachungen des vormaligen Kreisgerichtes Konitz, als der der vormaligen Kreisgerichtsdeputation Tuchel das für dergleichen Bekanntmachungen bestimmte Blatt. Es könnte hiernach, abgesehen von der Frage, welcher Richter als der zuständige die Bekanntmachung zu verfügen hat, angenommen werden, daß die später erfolgende Bekanntmachung nur dieselben Wirkungen haben könne, wie die in demselben Blatt früher erfolgte Bekanntmachung, und deshalb als eine überflüssige, darum nicht gebotene, erscheine.

Indes diese Erwägung findet in der bestimmten Vorschrift des mehrfach angezogenen §. 426 keine Unterstützung und kann bei Anwendung eines gegebenen Gesetzes für durchschlagend nicht erachtet werden.

Für die Notwendigkeit einer Wiederholung der Bekanntmachung auch in Fällen der vorliegenden Art läßt sich übrigens anführen, daß, wie bereits das preußische Obertribunal — Striethorst, Archiv Bd. 16 S. 219; Entsch. Bd. 30 S. 132 — zutreffend hervorgehoben hat, dem dritten Kontrahenten keine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist, wenn er seine Nachforschungen über die Rechtsverhältnisse der Eheleute auf die von dem zum Erlaß der Bekanntmachung des Ausschlusses der Gütergemeinschaft allein kompetenten Richter des gegenwärtigen Wohnortes derselben erlassene Bekanntmachungen, sowie auf Erkundigungen bei diesem Richter beschränkte, und es unterließ zu ermitteln, ob etwa die Eheleute früher einmal an einem anderen Orte desselben Regierungsbezirkes gewohnt haben und ob von dem dortigen Richter eine sie betreffende Bekanntmachung erlassen ist. Daß das frühere Reichsoberhandelsgericht in der Entscheidung Bd. 21 S. 239 unbedingt die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt habe, ist bei der Unbestimmtheit der darin enthaltenen Bezeichnung eines örtlichen Bezirks nicht anzuerkennen." ...

---

68. Kann der Besitzer einer Erbpachtsgerechtigkeit die vor dem Jahre 1850 begonnene Ersitzung derselben nach der Rechtskraft des Gesetzes vom 2. März 1850 fortsetzen und mit der Wirkung vollenden, daß das erworbene erbliche vollständige Nutzungsrecht in Eigentum umgewandelt wird?

II. Hilfssenat. Urt. v. 22. September 1881 i. S. Pf. (Bekl.). w. R. (Kl.) Rep. Va. 581/81.

I. Landgericht Naumburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Kläger ist eingetragener Eigentümer eines zu Köfen gelegenen

Mühlengrundstückes, welches durch Vertrag von der Beklagten an einen seiner Vorbesitzer vererbpachtet und durch Gesetz vom 2. März 1850 in Eigentum der Erbpächter umgewandelt ist. Er nimmt gegenwärtig Eigentum eines 18 Ar großen mit dem Mühlengrundstück in Zusammenhang liegenden Terrains mit der Behauptung in Anspruch, daß es als Zubehör des Mühlengrundstückes in dem gedachten Vertrage mit vererbpachtet sei, eventuell aber, daß er und seine Vorbesitzer es durch 44jährige Ersitzung erworben hätten.

Der Appellationsrichter hat die Vererbpachtung mit dem Mühlengrundstück nicht für erwiesen erachtet und auch nicht festgestellt, daß Kläger und seine Vorbesitzer das Streitstück bis zum März 1850 in der Meinung und mit dem Willen, es als Eigentümer zu besitzen, genutzt haben. Er hat jedoch angenommen, daß sie das vollständige Nutzungsrecht seit dem Jahre 1815 in der Meinung daran ausgeübt haben, es sei ihnen von der Beklagten ebenfalls vererbpachtet, und hat rechtlich daraus gefolgert, daß Kläger, obgleich die 44jährige Verjährungszeit erst nach dem Jahre 1850 abgelaufen sei, dennoch Eigentum erworben habe, weil das durch Verjährung erworbene Erbpachtsrecht im Augenblicke der Vollendung der Verjährung kraft des Gesetzes vom 2. März 1850 in Eigentum umgewandelt sei. —

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Beklagten findet hierin eine Verletzung des A.L.R. I. 9. §. 629 und I. 22. §. 14 und des Gesetzes vom 2. März 1850 durch unrichtige, sowie des A.L.R. I. 9. §. 627 und I. 7. §. 69 und des von dem preußischen Obertribunal in dem Erkenntnis vom 28. November 1867 — Entsch. Bd. 59 S. 152 — angenommenen Rechtsgrundsatzes durch unterlassene Anwendung.

Die Beschwerde konnte indes für begründet nicht erachtet werden. Zwar hat das preußische Obertribunal in der angezogenen Entscheidung ausgeführt, daß eine vor Erlaß des Gesetzes vom 2. März 1850 begonnene Ersitzung einer Erbpachtsgerechtigkeit nach diesem Zeitpunkt nicht fortgesetzt werden und zur Erwerbung des Eigentums nicht führen könne, weil zur Eigentumsersitzung der Eigenthumsbesitz während der ganzen Verjährungszeit erforderlich sei, es an diesem aber bis zum Jahre 1850 gefehlt habe, und das Gesetz vom 2. März 1850 in Ermangelung rückwirkender Kraft den vorherigen bloß unvollständigen Besitz in einen vollständigen nicht habe umwandeln, und auch der Erbpachter nach Erlaß des Gesetzes gemäß A.L.R. I. 7. §. 69 den

Willen, nunmehr vollständiger Besitzer zu sein, nicht habe annehmen können.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigestimmt werden. Der Grund des Eigentumserwerbes ist nicht die Ersitzung, sondern die Bestimmung des §. 2 Nr. 2 des Gesetzes vom 2. März 1850, daß das Eigentum des Erbverpachters aufgehoben werde und der Erbpachter lediglich auf Grund des Gesetzes Eigentum erwerbe. Auf Ersitzung beruht nur der Erwerb des erblichen Nutzungsrechtes und dazu bedarf es nicht des Eigentumsbesitzes, sondern nur des unvollständigen Besitzes des Grundstückes und des vollständigen Besitzes des erblichen Nutzungsrechtes. Die Willensmeinung des Ersitzenden bestand im vorliegenden Fall nicht darin, eine Erbpachtsgerechtigkeit durch Verjährung erst erwerben zu wollen, da ein solcher Wille das Bewußtsein voraussetzen würde, daß ihm noch kein Recht zustehe, ein solches aber den zum Erwerb durch Ersitzung notwendigen guten Glauben ausschließen würde, sondern der verjährende Erbpachter besaß vielmehr in der Meinung, daß er eine Erbpachtsgerechtigkeit an der fraglichen Parzelle, als zur Mühle zugehörig, in rechtsverbindlicher Weise bereits erworben habe. Den Besitz in dieser Willensmeinung auch nach dem Gesetz vom 2. März 1850 fortzusetzen, dem steht dies Gesetz nicht entgegen. Kennt der gutgläubige Besitzer die Bestimmungen des Gesetzes, so muß diese Kenntnis freilich seinem Willen einen anderen Inhalt geben, da das Gesetz jedem Erbpächter das volle Eigentum verleiht, und er seiner Meinung nach bereits wirklicher Erbpachter ist. Mit Unrecht nimmt das Obertribunal an, daß dieser Umwandelung des bloß unvollständigen Besitzes in einen vollständigen die Bestimmung des §. 69 A.L.R. I. 7 entgegenstehe. Denn der Erbpachter erlangte den vollständigen Besitz hier nicht durch seinen bloßen Willen, sondern auf Grund der Bestimmung des Gesetzes, wonach das Eigentum des Erbverpachters aufgehoben und auf den Erbpachter übertragen ist. Der nunmehrige Eigentumsbesitz enthält aber auch zugleich den Besitz eines erblichen Nutzungsrechtes, welches im Eigentum enthalten ist, erscheint daher zur Fortsetzung der Ersitzung eines solchen geeignet, und bedarf es mithin nicht der nachträglichen Umwandelung des früheren unvollständigen Besitzes in einen vollständigen, die freilich in Ermangelung der rückwirkenden Kraft des Gesetzes nicht angenommen werden könnte.

Es kann sich daher nur fragen, ob das Gesetz vom 2. März 1850

die Möglichkeit der Fortsetzung und Vollendung einer vorher begonnenen Ersitzung eines erblichen Nutzungsrechtes ausschließt, solche Ersitzung also durch das Gesetz unterbrochen wird. Dies muß verneint werden. Ein Erbpachtsverhältnis kann zwar nach Publikation des Gesetzes vom 2. März 1850 nicht mehr bestehen, da, wenn auch §. 91 des Gesetzes nur die vertragsweise erbliche Überlassung eines Grundstückes ohne Übertragung des vollen Eigentums für unzulässig erklärt, doch aus §. 2 Nr. 2 a. a. O. hervorgeht, daß auch die Verjährung nicht mehr den Erfolg haben kann, ein Erbpachtsverhältnis zu begründen. Aber das Gesetz erklärt den Erwerb eines erblichen Nutzungsrechtes nirgends für absolut unzulässig, wie es z. B. der des Rechtes über Leibeigene oder von Zwangs- und Bannrechten ist, und schreibt auch nicht vor, daß ein solches Recht nicht mehr durch Verjährung erworben werden könne, wie es im §. 164 der Gemeinheitsteilungsordnung in betreff gewisser Gemeinheiten und durch Art. 12 des Ergänzungsgesetzes vom 2. März 1850 in betreff gewisser auf Dienstbarkeit beruhender Gerechtigkeiten geschehen ist. Es hebt im §. 2 nicht das Recht des Erbpachters, welches nach A.L.R. I. 26. §. 187 in dem vollständigen erblichen Nutzungsrechte besteht, auf und erkärt dessen Existenz für rechtlich unzulässig, sondern es erhebt im Gegenteil ein solches Recht zum Eigentum und beseitigt das daneben bestehende Eigentumsrecht des Erbverpachters. Nur das letztere also ist für ein Recht zu erachten, welches nach Rechtskraft des gedachten Gesetzes nicht mehr bestehen darf, und es ist daher künftig nicht der Erwerb eines erblichen Nutzungsrechtes, sondern nur der Erwerb eines solchen ohne gleichzeitigen Erwerb des Eigentumes gesetzlich unzulässig. Hieraus folgt aber nicht die gesetzliche Unzulässigkeit der Erwerbung eines erblichen Nutzungsrechtes durch Verjährung und die Unterbrechung einer solchen bereits vorher begonnenen durch die Rechtskraft des Gesetzes, sondern nur, daß in dem Moment der Vollendung der Ersitzung sich das durch dieselbe erworbene erbliche Nutzungsrecht in Eigentum umwandelt, wodurch der Vorschrift des Gesetzes, daß erbliche Nutzungsrechte an Grundstücken ohne das Eigentum nicht mehr existieren sollen, genügt ist.

Das Ablösungsgesetz vom 2. März 1850 verordnet denn auch im Gegensatz zu dem Art. 12 des Ergänzungsgesetzes von demselben Tage nicht, daß erbliche Nutzungsrechte nicht mehr durch Verjährung erworben werden können und daß die bereits begonnene Verjährung unterbrochen

werde, sondern es bestimmt im §. 91 nur, daß bei erblicher Überlassung eines Grundstückes fortan nur die Übertragung des vollen Eigentumes zulässig sei, und daß vertragsmäßige den Bestimmungen dieses Paragraphen zuwiderlaufende Verabredungen wirkungslos seien, unbeschadet jedoch der Rechtsverbindlichkeit des sonstigen Inhaltes eines solchen Vertrages. Ist also in einem nach 1850 abgeschlossenen Vertrage ein erbliches vollständiges Nutzungsrecht gegen eine feste Geldrente mit der Verabredung übertragen, daß der Veräußerer Eigentümer des Grundstückes bleiben solle, so ist keineswegs der ganze Vertrag sondern nur die letztere Bestimmung ungültig, und der Vertrag wird kraft des Gesetzes als Übertragung des Eigentumes aufgefaßt. —

Vgl. Entsch. des Obertrib. Bd. 75 S. 71.

Daraus ergiebt sich, daß dem Erwerb eines erblichen Nutzungsrechtes durch Verjährung weder der §. 664 A.L.R. I. 9 noch auch der Grundsatz entgegensteht, daß Rechte, welche durch Vertrag nicht erworben werden können, auch nicht Gegenstand erwerbender Verjährung sein können, da weder ein ausdrückliches Verbotsgesetz gegen den Erwerb eines vollständigen erblichen Nutzungsrechtes besteht, noch der §. 91 des Gesetzes vom 2. März 1850 die vertragsweise Übertragung eines solchen absolut ausschließt, sondern nur Anordnungen trifft, welche es unmöglich machen, daß ein solcher Vertrag die Wirkung habe, das vollständige erbliche Nutzungsrecht an einem Grundstück ohne Eigentum zu übertragen. Es erscheint daher auch die Annahme nicht bedenklich, daß der Wille des Gesetzgebers dahin gegangen ist, es solle dem entsprechend auch der künftige Erwerb eines erblichen vollständigen Nutzungsrechtes durch Verjährung nicht absolut ausgeschlossen sein, sondern nur verhindert werden, daß dieselbe den Erfolg des Erwerbes eines solchen ohne gleichzeitigen Erwerb des Eigentumes habe, und es solle sich daher das ersessene Recht im Moment der Vollendung der Verjährung kraft des Gesetzes in volles Eigentum umwandeln.

Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die auf Begünstigung des Erbpachters gerichtete Tendenz des Ablösungsgesetzes, die auch in dem Erkenntnis des Obertribunales — Entsch. Bd. 59 S. 160 — zutreffend hervorgehoben wird. Mit dieser Tendenz würde aber die Annahme in Widerspruch stehen, daß durch das Gesetz die Verjährung des erblichen Nutzungsrechtes unterbrochen sei und der Besitzer nach der

Rechtskraft desselben gemäß §. 69 A.L.R. I. 7. auch nicht vollständiger Besitzer werden könne. Denn dadurch würde die Lage des Usukapionsbesitzers wesentlich verschlechtert werden, da er weder ein erbliches Nutzungsrecht, noch mangels vollständigen Besitzes das Eigentum jemals erwerben könnte. Er würde vielmehr nach Verjährung der Revokationsklage des Eigentümers stets vollständiger Besitzer des erblichen Nutzungsrechtes und unvollständiger Besitzer des Grundstückes bleiben, dadurch aber ein faktisches Erbpachtsverhältnis, also ein Zustand, den das Gesetz beseitigen will, aufrecht erhalten werden.

Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß, wie Savigny, System Bd. 5 S. 269, zutreffend ausführt, die lange Verjährung in den meisten Fällen nicht den Charakter einer Erwerbsart hat, sondern sich mehr als ein Ersatz für den nach Verlauf so langer Zeit nicht mehr zu führenden Beweis einer in Wirklichkeit bereits längst erfolgten Rechtserwerbung darstellt, wie denn auch Suarez davon ausgegangen ist, daß der lange Besitz einer Sache oder eines Rechtes eine praesumtio juris et de jure bewirke, daß der Besitzer wahrer Eigentümer sei. —

Vgl. auch A.L.R. I. 9. §. 568.

Warum nun diese Vermutung weniger begründet sein sollte, wenn ein Teil der Verjährungszeit erst nach Rechtskraft des Gesetzes vom 2. März 1850 abgelaufen ist, erscheint nicht erfindlich, da im Gegenteil in der durch das Gesetz erfolgten wesentlichen Erweiterung der Rechte des Erbpachters für den Eigentümer umsomehr Veranlassung vorlag, ein ihm so präjudizierliches faktisches Verhältnis nicht länger bestehen zu lassen. Da die Möglichkeit, den Beweis eines dreißig- oder vierundvierzigjährigen Besitzes vor dem März 1850 führen zu können, mit jedem Jahr geringer wird, so wäre es eine große Härte gegen viele wohlberechtigte Erbpachter, wenn das Gesetz ihnen das Recht entzöge, den Beweis des Daseins eines solchen Rechtsverhältnisses durch den Beweis eines während 30 resp. 44 Jahren ungestörten Besitzes zu ersetzen. Es läßt sich daher nicht wohl in Zweifel ziehen, daß der Gesetzgeber absichtlich unterlassen hat, die Unterbrechung der Verjährung eines erblichen Nutzungsrechtes anzuordnen, weil sein Wille dahin ging, dieselbe solle auch nach 1850 mit der Wirkung vollendet werden können, daß das erworbene Nutzungsrecht sich in Eigentum umwandelt. Dem Appellationsrichter fällt daher durch diese Annahme eine Verletzung der von der Nichtigkeitsbeschwerde angezogenen Gesetze nicht zur Last."

69. Gewährt das Pflichtteilsrecht ein Erbrecht gegen das Testament oder nur ein Forderungsrecht auf ein Quantum?

II. Hilfssenat. Urt. v. 26. September 1881 i. S. H. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. Va. 117/81.

I. Landgericht Frankfurt a. O.
II. Kammergericht Berlin.

Die H.'schen Eheleute haben in ihrem wechselseitigen Testament jeder den anderen Ehegatten und den Sohn beider mit der Bestimmung zu Erben eingesetzt, daß der überlebende Ehegatte freie Disposition über den ganzen Nachlaß haben, der Sohn aber nur von dem, was bei dem Tode des überlebenden Ehegatten noch vorhanden sein würde, den Pflichtteil erhalten solle. Der überlebende Ehemann verkaufte ein zum Nachlaß seiner Ehefrau gehöriges Grundstück. Der nach dem Tode des Ehemannes von dem Käufer auf Erfüllung des Kaufvertrages belangte Sohn wendete ein, er sei Testamentserbe seiner Mutter geworden, jedenfalls aber Erbe derselben auf den Pflichtteil, sein Vater hätte also ohne seine Zuziehung über den Nachlaß seiner Mutter nicht verfügen können. Er wurde jedoch vom Appellationsrichter nach dem Klagantrage verurteilt, und dies Erkenntnis auf seine Revision bestätigt.

Nachdem ausgeführt, daß Beklagter zwar Testamentserbe seines Vaters, nicht aber seiner Mutter geworden, da diese ihn vielmehr nur auf ein Quantum fideikommissarisch substituiert habe, heißt es in den

Gründen:

„Dagegen ist Beklagter durch die gedachte Bestimmung des Testamentes seiner Mutter in seinem Pflichtteil verletzt, und seine Behauptung daß er Erbe seiner Mutter zu $^1/_3$ geworden, würde daher gleichwohl — aber auch nur dann begründet sein, wenn das A.L.R. den Pflichtteilsberechtigten für einen Erben gegen das Testament erklärt hätte. Dies ist allerdings von vielen Rechtslehrern und auch von dem früheren preußischen Obertribunal — vgl. Entsch. Bd. 38 S. 199 — angenommen, während in neuerer Zeit, namentlich von Schultzenstein — Beiträge zur Lehre vom Pflichtteilsrecht — und von Dernburg — Lehrbuch Bd. III §. 196 — die Ansicht näher begründet ist, daß dem im Testament nicht eingesetzten Pflichtteilsberechtigten kein Miterbrecht, sondern nur

ein Forderungsrecht auf eine seinem Pflichtteil entsprechende Summe zustehe. Diese letztere Ansicht muß aber für die richtige erachtet werden.

Sowohl die Naturrechtslehrer, wie Grotius, Thomasius und Pufendorf, als auch die praktischen Juristen, unter deren Einfluß die Redaktoren des A.L.R.'s standen, waren der Ansicht, daß ein Pflichtteilsrecht nur so weit eine innere Berechtigung habe, als die Eltern verpflichtet seien, für die Erziehung und Alimentation unerwachsener Kinder auch nach ihrem Tode die nötigen Mittel zu schaffen. In den Materialien wird diese Ansicht ausdrücklich mit dem Bemerken gebilligt, daß das Pflichtteilsrecht nur aufgenommen sei, weil es in allen königlichen Landen bestehe und nichts enthalte, was der natürlichen Billigkeit oder dem Endzweck des gemeinen Besten zuwiderlaufe. In den amtlichen Vorträgen bei der Schlußrevision S. 163 und 164 verwirft Suarez ausdrücklich die formellen Bestimmungen des römischen Rechtes, daß Noterben entweder eingesetzt oder enterbt werden müßten, sowie die Fiktion, auf welcher die querela inofficiosi testamenti beruht, und führt aus, das Gesetz habe nur dafür zu sorgen, daß der Pflichtteilsberechtigte aus dem Nachlaß seine Legitima erhalte, und daß daher, soweit die Erreichung dieses Zweckes nicht beeinträchtigt werde, das Testament in allen übrigen Stücken seine Gültigkeit behalten müsse und die Freiheit des Testators nicht beschränkt werden dürfe. Als Zweck des Pflichtteilsrechtes giebt Suarez an, daß die Kinder von ihrer gehofften Intestatportion wenigstens soviel erhalten müßten, als nötig sei, um in dem Stande, zu welchem sie geboren, in der Lebensart, dem Beruf oder Gewerbe, in welche sie durch Erziehung und väterliche Bestimmung gesetzt worden, einige Unterstützung ihres Fortkommens zu finden. Damit ist ganz deutlich als Prinzip anerkannt, daß die Pflichtteilsberechtigten lediglich einen Anspruch auf ein bestimmtes Quantum, nicht aber auf ein Erbrecht, haben. Hiernach muß von vornherein die Vermutung dagegen sprechen, daß die Redaktoren des A.L.R.'s in dies Gesetzbuch eine Bestimmung aufgenommen haben, nach welcher sich die Pflichtteilsberechtigung als eine Erbberechtigung qualifiziert und nicht vielmehr als ein bloßer Anspruch auf ein aus dem Nachlaß zu gewährendes Quantum, d. h. als ein bloßes Forderungsrecht, und es würde, um den Pflichtteilsberechtigten als Erben ansehen zu können, mit Rücksicht auf die Äußerung von Suarez einer ausdrücklichen und deutlichen Bestimmung im Gesetzbuch bedurft haben, daß der Pflicht-

teilsberechtigte Erbe gegen das Testament werde. An einer solchen fehlt es. Vielmehr besteht darüber kein Streit, daß derjenige Pflichtteilsberechtigte, dem ein dem Pflichtteil entsprechendes Quantum durch bloßes Legat zugewendet worden, in seinem Pflichtteilsrechte gar nicht verletzt ist, also auch das Testament nicht anfechten kann. Das ist unvereinbar mit der Annahme, daß das Pflichtteilsrecht ein Erbrecht sei, entspricht vielmehr vollkommen dem in den Materialien ausgesprochenen Prinzipe, daß der Pflichtteilsberechtigte nur einen Anspruch auf Bedenkung mit einem bestimmten Quantum habe. Die Annahme, bei widerrechtlicher Enterbung oder gänzlicher Übergehung des Pflichtteilsberechtigten habe die Klage den Erfolg, daß derselbe als Intestaterbe gegen das Testament auf Höhe des Pflichtteiles eintrete, widerspricht dem Grundsatze, daß die Klage nichts weiteres erzielen kann, als Realisierung des durch dieselbe geltend gemachten Rechtes. Da nun der Pflichtteilsberechtigte kein Recht hat, auf eine bestimmte Quote zum Erben eingesetzt zu werden, sondern nur eine bestimmte Quote des Nachlasses nach Abzug der Schulden, d. h. ein Quantum zu erhalten, so kann auch die Klage wegen Verletzung dieses Rechtes nicht den Erfolg haben, daß er Erbe wird.

Auf die gegenteilige Ansicht ist offenbar die Analogie der römischen querela inofficiosi testamenti von Einfluß gewesen. Mit dieser Klage wurde aber das Recht auf den Pflichtteil gar nicht geltend gemacht, sondern die auf der Fiktion, daß der Testator nicht gesunden Geistes gewesen sei, beruhende Ungültigkeit des Testamentes, und der Erfolg war daher nicht Realisierung des dem Kläger zustehenden Pflichtteilsrechtes, sondern Eintritt der Intestaterbfolge, also Erlangung der Erbenqualität zur vollen Quote seiner Intestaterbportion. Da nun die Fiktion, auf welcher die eigentümliche Natur und Wirkung der querela inofficiosi allein beruht, dem A.L.R. fremd ist, dies vielmehr dem Berechtigten nur ein bestimmtes Quantum sichern will, so erscheint es abwegig, den Erfolg der Klage auf Gewährung desselben nach dem der querela inofficiosi zu bemessen. Vielmehr hat die Klage des A.L.R.'s auf Gewährung des Pflichtteiles denselben Charakter wie die gemeinrechtliche Ergänzungsklage, d. h. sie ist eine rein persönliche Klage aus einem Forderungsrecht auf ein Quantum.

Die Bestimmung des §. 433 A.L.R. II. 2 macht denn auch in betreff der Natur der Klage, je nachdem sie auf Verabfolgung des

ganzen oder nur eines Teiles des Pflichtteiles gerichtet ist, nicht den geringsten Unterschied, vielmehr ergeben die gewählten Ausdrücke, der Pflichtteil müsse aus der Erbschaft verabfolgt oder ergänzt werden, daß es sich in beiden Fällen lediglich um eine Klage auf Leistung eines Quantums handelt. Einen anderen Charakter und ein anderes Ziel hat die Klage nur in dem Falle, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein dem Pflichtteil entsprechendes Quantum in irgend einer Weise zugewendet, aber eine Last oder Einschränkung darauf gelegt ist. Dann geht die Klage nicht auf eine Leistung aus der Erbschaft, sondern auf Aufhebung der Last oder Einschränkung.

Die Worte des §. 433 A.L.R. II. 2 entsprechen also der in den Materialien ausgesprochenen Ansicht der Redaktoren; das dem Berechtigten danach gebührende Quantum wird ihm durch ein Forderungsrecht gegen den Nachlaß vollständig gewährt, und ist daher nicht abzusehen, wozu es der Umstoßung des Willens des Testators, daß er nicht Erbe sein solle, bedürfte.

Die gegen diese Ansicht von den Gegnern geltend gemachten Argumente fallen nicht ins Gewicht. Man bezieht sich hauptsächlich auf den Sprachgebrauch des A.L.R.'s, namentlich auf die §§. 122 und 284 I. 17, §. 1113 I. 11, §. 154 I. 12 und die §§. 399. 410. 412. 414. 432. 435. 436. 379 und 544 II. 2 A.L.R., wo von Erben und notwendigen Erben, denen der Pflichtteil gebührt, von einem ererbten Pflichtteil, vom Erben des Pflichtteiles, vom Enterben, der Enterbung und dem Nehmen des Erbrechtes gesprochen wird. Dieser zum Teil ungenaue Sprachgebrauch erklärt sich aber zur Genüge durch den Einfluß des römischen Rechtes auf den Sprachgebrauch der Juristen und Nichtjuristen, ferner dadurch, daß die Pflichtteilsberechtigten stets zu den nächsten Intestaterben gehören oder auch im Testament zu Erben eingesetzt sein können. Auf letzteren Fall beziehen sich z. B. die §§. 122 und 284 I. 17 und §. 544 II. 2 A.L.R., und auch der Ausdruck im §. 434 a. a. O. „die übrigen Erben und Legatarien" erklärt sich daraus, daß diese Bestimmung auch den Fall der Erbeseinsetzung im Testament mit umfaßt. — Aus solchen einzelnen nicht ganz genauen Ausdrücken läßt sich der den oben gedachten Prinzipien der Redaktoren widersprechende Satz nicht herleiten, daß der Pflichtteil ein Erbteil und die Pflichtteilsberechtigung ein Erbrecht sei.

Daß sich der Gesetzgeber ungenau ausgedrückt hat, geht nament-

lich aus den §§. 432 und 436 A.L.R. II. 2 klar hervor. Der §. 432, der alle Fälle der Pflichtteilsverletzung aufzählen will, thut das mit den Worten: Behauptet ein in seinem Pflichtteil *enterbtes*, verkürztes oder sonst belastetes Kind ꝛc. Unzweifelhaft versteht aber hier der Gesetzgeber unter dem *enterbten* Kinde auch das übergangene. Wenn ferner der §. 436 a. a. O. bestimmt:

„In allen anderen *die Enterbung* nicht betreffenden Stücken bleibt die letztwillige Verordnung bei Kräften" —,

so kann hier unter Enterbung auch nur sowohl die Enterbung als auch die Übergehung oder Verkürzung verstanden werden, wie denn auch die Vorschrift des §. 438 sich ganz unzweifelhaft nicht bloß auf den „Enterbten" sondern auch auf den Übergangenen, Verkürzten oder Belasteten bezieht. Hieraus ergiebt sich, daß aus der Wahl des Ausdrucks „enterben" nichts zu folgern ist, und daß §. 436 nichts weiter sagen will, als daß alle Bestimmungen des Testamentes bei Kraft bleiben, soweit nicht ihre Modifikation notwendig ist, *um den verletzten Pflichtteilsberechtigten das gesetzliche Quantum des Pflichtteiles zu verschaffen*. Daß dazu nicht erforderlich ist, den Pflichtteilsberechtigten gegen den Willen des Testators als Miterben neben die Testamentserben treten zu lassen, liegt auf der Hand.

Selbst *Förster*, der es für unzweifelhaft hält, daß die Pflichtteilsberechtigung stets eine Erbberechtigung sei, erklärt — Theorie und Praxis Bd. 4 S. 55 — den Sprachgebrauch für bedeutungslos und erachtet für entscheidend,

daß nach dem A.L.R. wie nach römischem Recht und allen neueren Gesetzbüchern der Pflichtteil ein Bruchteil des gesetzlichen Erbteiles ist, daß sein Betrag steigt und fällt nach dem Betrage des letztern, daß die Nachlaßschulden vorweg abgezogen werden müssen, ehe die Größe des Pflichtteiles gefunden werden kann, daß mithin der Pflichtteilsberechtigte immer ebenso wie ein Erbe die Nachlaßschulden zu tragen hat, daß aber die Vermächtnisse für die Berechnung des Pflichtteiles nicht in Betracht kommen.

Diese Umstände beweisen aber nicht, daß der Pflichtteil eine Quote der hereditas als einer universitas und die Pflichtteilsberechtigung eine Erbberechtigung ist, sondern vielmehr das Gegenteil. Daß die Höhe des Quantums des Pflichtteiles nach der Quote des Inteſtaterbteiles berechnet wird, hat allein darin seinen Grund, daß ein anderer Maß-

ſtab der Bemeſſung nicht wohl möglich iſt, ohne zu Unbilligkeiten zu führen. Daß aber der Pflichtteil ein quoter Teil von dem Überſchuß iſt, der nach Abzug der Schulden übrig bleibt, beweiſt, daß er nicht eine Erbquote, ſondern lediglich der Teil eines Quantums iſt. Als ſolchen faſſen ihn auch die römiſchen Juriſten auf. L. 8 §. 9 Dig. de inoff. test. 5, 2 ſagt: quarta i. e. legitima autem accipietur scilicet deducto aere alieno et funeris impensa. Nun beſteht aber die hereditas nicht in dem Überſchuß des Nachlaſſes nach Abzug der Schulden, ſondern in den Aktiven und Schulden zugleich, und die römiſchen Juriſten ſtellen deshalb die hereditas und die bona, quae intelliguntur deducto aere alieno, als begriffliche Gegenſätze ſich gegenüber — vgl. l. 39 §. 1, l. 24 Dig. de verb. sign. 50, 16; l. 62 Dig. de regul. jur. 50, 17 — und nehmen an, daß in die letzteren, weil ſie bloße Quantitäten ſind, eine Univerſalſucceſſion nicht ſtattfinde. Im Gegenſatz zu Förſter leiten denn auch die gemeinrechtlichen Juriſten gerade aus dem Umſtande, daß der Pflichtteil in einer Quote des Nachlaſſes nach Abzug der Schulden beſtehe, den Satz her, daß der Pflichtteil kein Erbteil ſei:

> Legitima non debetur nisi omni aere alieno prius deducto, ideoque quota pars bonorum et non hereditatis est, non successionis, non hereditatis, sed quota est bonorum.
>
> (Vgl. beſonders Franke, Noterbenrecht S. 393 — Mühlenbruch in Glücks Kommentar Bd. 35 S. 328 und Neuner, die heredis institutio ex re certa S. 229 — und die dort angezogenen Schriften von Carpzow, Stryck, Leyſer und Hellfeld.)

Wenn Schulden vorhanden ſind, ſo verkleinert ſich dadurch dasjenige Quantum, von dem der Pflichtteil eine Quote beträgt, aber daraus kann nicht gefolgert werden, der Pflichtteilsberechtigte haſte wie ein Erbe für die Schulden und ſei deshalb Erbe. Was daraus folgen ſoll, daß die Legate nicht abgezogen werden, iſt nicht erfindlich. Durch die Ausſetzung der Legate wird gerade der Pflichtteil verletzt. Wenn dieſe alſo das Quantum verringern ſollen, von dem der Pflichtteil eine Quote iſt, ſo würde das Pflichtteilsrecht dadurch völlig illuſoriſch gemacht werden.

Für die Erbenqualität des Pflichtteilsberechtigten kann man ſich auch nicht auf den Anhang §. 164 zu §. 524 A.L.R. II. 18 berufen. Denn dort wird nur von der Anſicht ausgegangen, daß eine Ein-

setzung auf den Pflichtteil eine gültige Erbeseinsetzung, d. h. daß sie so zu verstehen sei, daß der Eingesetzte Universalsuccessor zu $^1/_3$, $^1/_2$ oder $^2/_3$ nach der Willensmeinung des Testators werden solle. Keineswegs ist daraus zu folgern, daß die Pflichtteilsberechtigung schlechthin eine Erbberechtigung sei und daß der Pflichtteilsberechtigte, der nach der Testamentsbestimmung nicht Erbe sein soll, Erbe gegen das Testament werde.

Die §§. 444 bis 456 und 530 flg. A.L.R. II. 2 enthalten singuläre Spezialbestimmungen, aus denen sich für die rechtliche Natur der Pflichtteilsberechtigung im allgemeinen nichts herleiten läßt. —

Vgl. Schultzenstein a. a. O. §. 14."

---

70. Bedarf nach preußischem Landrecht der Kompensationsvertrag bei einem Gegenstande von mehr als 150 ℳ zur Gültigkeit der Schriftform?

I. Hilfssenat. Urt. v. 11. Oktober 1881 i. S. W. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. IV a. 724/80.

I. Kreisgericht Rybnik.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Beklagte hatte gegen die erhobene Darlehnsklage eingewendet, dem Gläubiger Fuhren geleistet und nach Leistung derselben mit ihm mündlich verabredet zu haben, als Entgelt für die geleisteten Fuhren sollten die 600 ℳ Darlehn verrechnet werden. Der Appellationsrichter erachtete die mündliche Vereinbarung für gültig. Seine Entscheidung wurde vernichtet aus folgenden

Gründen:

„Der Appellationsrichter hat die vom Beklagten eingewendete Vereinbarung als Übereinkunft über gegenseitige Aufrechnung bezeichnet: es soll zwischen dem klägerischen Erblasser und dem Beklagten

ausgemacht sein, daß die Darlehnsforderung des klägerischen Erblassers durch seine Fuhrvergütungsschuld an den Beklagten, und umgekehrt, daß diese Vergütungsforderung des letzteren durch seine Darlehnsschuld an ersteren getilgt sein solle. Der Appellationsrichter ist also darüber nicht im Zweifel, daß es sich um vereinbarte Kompensation, um einen Kompensationsvertrag handelt, wie er denn auch den rechtlichen Inhalt dieser Übereinkunft mit manchen Rechtslehren (Windscheid, Pand. §. 351, Römer, der Kompensationsvertrag S. 95) als gegenseitigen Erlaß und als Erlaß gegen Entgelt qualifiziert.

Ob diese Ansicht richtig, oder doch, ob sie das Wesen des Kompensationsvertrages erschöpft,

— vgl. die Litteratur hierüber bei Römer a. a. O. S. 92, 93 und Erk. des R.O.H.G.'s vom März 1877 i. S. Götz wider Friedländer Rep. 1595/1876, zum Teil abgedruckt in Busch, Arch. Bd. 37 S. 306 —

bedarf hier keiner Prüfung; irrig ist jedenfalls die Aufstellung, daß ein Vertrag dieses Inhaltes verpflichtend sei, auch wenn er zuwider den gesetzlichen Vorschriften über die Form der Verträge formlos geschlossen worden. Denn sein Inhalt ist nicht, wie behauptet worden (Striethorst, Archiv Bd. 84 S. 183, vgl. auch Busch, Archiv Bd. 41 S. 70), der, eine Thatsache, nämlich das Erlöschen des kompensierten Anspruches festzustellen und einen Beweis hierfür zu liefern, sondern sein Inhalt ist liberatorischer Natur; die Kontrahenten kommen überein, daß die aufgerechneten Forderungen unter ihnen als getilgt angesehen und von keinem der Gläubiger eingefordert (pacta de non petendo) werden sollen (vgl. Römer a. a. O. S. 110. 123. 124. 127 und Windscheid a. a. O. §. 357 Note 6 und 7); und weil sich diese Liberation nicht durch thatsächliche Erfüllung, nicht durch nachfolgende Leistung, sondern nur durch Willenserklärung vollzieht, so muß letztere, um verpflichtend zu sein, in den Formen geschehen, welche das Gesetz für verbindliche Willenserklärungen überhaupt und für liberatorische Verträge insbesondere vorschreibt. Vgl. Striethorst Bd. 73 S. 103 und Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 2 §. 106 a. E. Der Einwurf, die Kompensation geschehe bei dem Vorhandensein der gesetzlichen Erfordernisse unabhängig von der Zustimmung des Gegners, bloß kraft des einseitigen Willens des Berechtigten, es komme also nicht auf die erklärte Zustimmung des Gegners,

also auch nicht darauf an, ob diese Zustimmung in gehöriger Form oder formlos erklärt sei, — verkennt die Bedeutung der Berufung auf einen Kompensationsvertrag. Darf sich der Kompensationsberechtigte auf seinen einseitigen Kompensationswillen berufen, so kann er des Kompensationsvertrages allerdings entraten; wendet er aber Kompensationsvertrag ein — und ein solcher wird in der Regel dann geschlossen, wenn die gesetzlichen Erfordernisse einseitiger Kompensation nicht klar oder überhaupt nicht vorliegen, wenn also Existenz oder Betrag der einen Gegenforderung zweifelhaft oder unsicher, wenn es an den Voraussetzungen der Gegenseitigkeit, der Fälligkeit, der Gleichartigkeit gebricht —, so exzipiert er zunächst nicht Erlöschen der Gegenforderung kraft seines einseitigen Willens, sondern er unternimmt, zwecks seiner Liberation den Gegner bei dessen Willenserklärung festzuhalten; er muß also in diesem Falle zeigen, daß gehörige Form dieser Erklärung den Gegner bindet.

Die Nichtigkeitsbeschwerde rügt hiernach mit Recht Verletzung des §. 131 A.L.R. I. 5 durch unterlassene und der §§. 156. 165 daselbst durch unpassende Anwendung."

---

71. Der §. 43 A.L.R. I. 22 findet auch auf Untersagungsrechte im Sinne der §§. 86 flg. A.L.R. I. 7 Anwendung.

V. Civilsenat. Urt. v. 19. Oktober 1881 i. S. O. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. V. 703/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Parteien sind Eigentümer zweier aneinander grenzenden Grundstücke. Auf beiden haftet eine aus den Verträgen mit dem gemeinschaftlichen Vorbesitzer herrührende, in das Grundbuch eingetragene Verpflichtung, wonach der Eigentümer mit allen Baulichkeiten, welche

höher als 5,3 Meter sind, ausgenommen das nicht über 14 Meter tief zu erbauende Vorderhaus, 5,3 Meter von den Grenzen ihrer Grundstücke, wo dieselben aneinander stoßen, entfernt bleiben solle. Beklagter hat dieser Verpflichtung zuwider unmittelbar an der Grenze ein hinteres Quergebäude erbaut, welches zur Zeit der Klaganstellung die Höhe von 5,3 Meter um circa 9 Meter überragte.

Kläger verlangt gegenwärtig eine bauliche Veränderung dieses Quergebäudes in der Weise, daß es entweder nicht höher als 5,3 Meter errichtet bleibe, oder von der Grenze des Grundstückes um 5,3 Meter entfernt werde.

Der Berufungsrichter hat die Einrede des Beklagten, daß die Grundgerechtigkeit durch stillschweigende Einwilligung des Klägers in die Vornahme des Baues aufgehoben sei, für begründet erklärt und die Klage abgewiesen, indem er den §. 43 A.L.R. I. 22 für anwendbar hält.

Von der Revisionsklägerin wird diese Entscheidung mit der Ausführung angegriffen, daß der §. 43 a. a. O. nur auf Grundgerechtigkeiten Anwendung finde, bei welchen der Berechtigte dem dienenden Grundstücke gegenüber sich wiederholende Handlungen, die ihm eine Gebrauchsbefugnis an der dienenden Sache zugeständen und deren Ausübung durch eine Anlage unmöglich gemacht werde, vornehme, daß zu unterscheiden sei zwischen solchen Grundgerechtigkeiten, bei welchen der Widerspruch den Inhalt des Rechtes, seine Erhebung also Ausübung des Rechtes selbst bilde, und solchen, bei welchen der Widerspruch nur die Folge des Rechtes sei, seine Erhebung also die anderweitige Ausübung des Rechtes erhalten solle, indem der §. 43 a. a. O. sich nur auf die letzteren beziehe, während die hier in Frage stehende Gerechtigkeit zu den ersteren gehöre.

Die in Rede stehende Grundgerechtigkeit geht auf die Erhaltung eines bestimmten Zustandes auf dem angrenzenden Grundstücke. Der Eigentümer des verpflichteten Grundstückes hat im Interesse des berechtigten Nachbargrundstückes die festgesetzten Beschränkungen bei der Errichtung von Baulichkeiten innezuhalten. Hieraus folgt, daß der Eigentümer des herrschenden Grundstückes Überschreitungen der Baubeschränkungen verhindern kann, berechtigt ist, denselben zu widersprechen. Allein deshalb kann man nicht, wie die Revisionsklägerin meint, den

Widerspruch als den Inhalt des Rechtes ansehen. Dieser besteht vielmehr in der Erhaltung des entsprechenden Zustandes auf dem dienenden Grundstücke. Es kann hiernach dahingestellt bleiben, ob die von der Revisionsklägerin adoptierte Ansicht von Förster (Preuß. Privatrecht 3. Aufl. Bd. 3 S. 333 N. 57) richtig ist, daß der §. 43 a. a. O. nicht auf die Servituten, bei welchen der Widerspruch der Inhalt des Rechtes, seine Erhebung, also Ausübung des Rechtes, selbst sei, sondern nur auf diejenigen, bei welchen der Widerspruch die Folge des Rechtes sei, seine Erhebung also die anderweitige Ausübung des Rechtes erhalten solle, Anwendung finde; denn es handelt sich hier nicht um eine Servitut der ersteren Art.

Der §. 43 a. a. O. lautet: „Außer den allgemeinen Arten, wie Rechte verloren gehen können, erlöschen Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen, getroffen werden."

Diese Vorschrift bezieht sich dem Wortlaute nach auf alle Grundgerechtigkeiten, deren Ausübung durch Anstalten und Einrichtungen in der verpflichteten Sache unmöglich gemacht werden kann. Insbesondere wird für die Untersagungsrechte im Sinne des §. 86 A.L.R. I. 7 keine Ausnahme gemacht. Allerdings kann man einwenden, daß die Worte „Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen", auf Gerechtigkeiten hinweisen, deren Inhalt in Handlungen des Berechtigten besteht. Wenn man aber auch zugeben kann, daß der erwähnte Ausdruck besonders auf derartige Gerechtigkeiten paßt, so läßt sich doch hierauf allein nicht eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Grundgerechtigkeiten stützen, von welchen der Paragraph sonst keine Andeutung enthält, um so weniger, als auch ein Grund, weshalb für die Untersagungsrechte, insbesondere für Gerechtigkeiten, welche das Bauen auf benachbarten Grundstücken einschränken, eine Ausnahme von der Regel des §. 43 a. a. O. gemacht sein sollte, nicht ersichtlich ist.

In dem §. 43 a. a. O. ist die gemeinrechtliche Kontroverse entschieden, ob eine Servitut durch das stillschweigende Leiden einer Handlung, wodurch die Ausübung der Dienstbarkeit auf immer unmöglich

gemacht werde, durch das bloße Nicht-Widersprechen in einem solchen Falle aufgehoben werde. Bei der Beantwortung dieser Streitfrage wurde ein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Servituten in der gemeinrechtlichen Litteratur nicht gemacht.

Vergl. Glück, Kommentar Bd. 10 S. 263; Hellfeld, jurisprudentia forensis 4. Aufl. S. 273; Cocceji, jus controversum VIII, 6 qu. 3; Leyser, Medit. spec.110 m 1.

Man muß daher annehmen, daß, wenn in dem §. 43 a. a. O. eine solche Unterscheidung beabsichtigt worden wäre, dieses ausdrücklich und unzweideutig ausgesprochen sein würde.

In Übereinstimmung hiermit hat auch die Praxis den §. 43 a. a. O. auf die Untersagungsrechte angewendet.

Vgl. Entscheid. des preuß. Obertribunals Bd. 9 S. 1, Bd. 50 S. 87; Striethorst, Arch. Bd. 5 S. 98, Bd. 12 S. 101, Bd. 55 S. 79, Bd. 68 S. 304, Bd. 69 S. 1 u. S. 10, Bd. 78 S. 233, Bd. 87 S. 188, Bd. 90 S. 248; Schles. Arch. Bd. 4 S. 176.

Das von der Revisionsklägerin in Bezug genommene Präjudiz des früheren preuß. Obertribunals vom 3. März 1851 (Entsch. Bd. 21 S. 401), wodurch ausgesprochen ist, daß der §. 43 a. a. O. auf den Fall keine Anwendung finde, wenn der zum Widerspruche gegen die Anlegung eines neuen Fensters im Hause seines Nachbarn Berechtigte diese Anlage wissentlich geschehen lasse, gründet sich auf die besondere Beschaffenheit des Rechtes zum Widerspruche gegen die Anlegung von Fenstern und stellt für andere Grundgerechtigkeiten keine Norm auf (vergl. Striethorst, Arch. Bd. 69 S. 3). Der Angriff des Revisionsklägers, daß der Berufungsrichter mit Unrecht den §. 43 a. a. O. für anwendbar auf den vorliegenden Fall erklärt habe, ist hiernach unbegründet."

---

72. Haftet ein großjähriger Hausſohn auch außer dem Falle des Betruges demjenigen, mit welchem er ohne väterlichen Konſens als angeblicher Bevollmächtigter eines Dritten kontrahiert hat, ohne bevoll-

mächtigt zu sein und ohne nachträglich dessen Genehmigung zu beschaffen, für das Vertragsinteresse?

I. Hilfssenat. Urt. v. 21. Oktober 1881 i. S. Georg H. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. IVa. 644/80.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Vater des Georg H. stand mit R. im Streit über einen Hypothekenausfall; der Kaufmann Sch. erbot sich gegen Georg H. zur Vermittlung, und Georg H. vollzog mit seinem und seines Vaters Namen einen Schein, in welchem er dem Sch. 150 ℳ versprach, „falls die Sache mit R. geeinigt würde". Die Einigung kam zustande, aber H. sen. erkannte das Versprechen der 150 ℳ nicht an und Sch. wurde mit seiner Klage auf Zahlung dieser Summe gegen ihn rechtskräftig abgewiesen, und zwar, nachdem Georg H. bezeugt hatte, von seinem Vater zur Erteilung jenes Versprechens nicht ermächtigt gewesen zu sein. Nunmehr belangte er den Georg H., welcher zur Zeit der Erteilung des Versprechens noch in väterlicher Gewalt gestanden, auf Grund A.L.R. I. 13. §. 9 auf dessen Erfüllung.

Der erste Richter wies die Klage ab, weil der Kläger nur das negative Vertragsinteresse beanspruchen dürfe, der zweite verurteilte den Beklagten klaggemäß, weil der Vertrag Handlungen zum Gegenstande gehabt und diese geleistet seien. Dies Erkenntnis wurde vernichtet und die Sache in die zweite Instanz zur Beweisaufnahme darüber zurückverwiesen, ob Beklagter durch die Vorspiegelung, vom Vater bevollmächtigt zu sein, den Kläger zur Leistung der Handlungen verleitet hat.

Aus den Gründen:

„Nach A.L.R. II. 2. §. 125 hängt die Rechtsbeständigkeit der Handlung eines in väterlicher Gewalt stehenden, wenn auch großjährigen Sohnes von der vorhergehenden oder hinzukommenden Einwilligung des Vaters ab, sofern mit der Handlung zugleich Lasten oder Verbindlichkeiten übernommen werden sollen. Danach ist der an sich rechtsfähige, in väterlicher Gewalt stehende großjährige Sohn — soweit nicht Ver-

fügungen über sein freies Vermögen in Betracht kommen — unfähig Verträge, welche ihn belasten, ohne Genehmigung des Vaters zu schließen.

Die Anwendung dieser Vorschrift auf den Fall, daß ein solcher Sohn namens des Vaters mit einem Dritten, ohne bevollmächtigt zu sein und ohne nachträglich Genehmigung erlangen zu können, kontrahiert, ergiebt, daß er dem Gegenkontrahenten — wenn nicht etwa Betrug vorliegt[1] — für das — negative oder volle — Vertragsinteresse nicht haftbar ist. Allerdings verordnen die §§. 9. 96. 128. 171 A.L.R. I. 13, daß derjenige, welcher unbevollmächtigt als Bevollmächtigter auftritt und so kontrahiert, dem Gegenkontrahenten verantwortlich wird und ihn schadlos halten muß. Aber der Grund dieser Haftung ist culpa in contrahendo; weil der vermeintliche Bevollmächtigte in dem Vertragsschlusse und durch ihn sich stark macht, imstande zu sein, dem Gegenkontrahenten den vertragsmäßigen Anspruch gegen den angeblichen Mandanten zu verschaffen, muß er dem Gegenkontrahenten für die Nichterfüllung dieser Pflicht aufkommen. Die Fähigkeit zur Übernahme vertraglicher Verpflichtung ist also Vorbedingung dieser Verbindlichkeit. Die von Vertragsunfähigen im eigenen und die von ihnen im fremden Namen geschlossenen Verträge stehen mithin in Ansehung der persönlichen Haftbarkeit gleich.

Der Appellationsrichter hat also den §. 9 a. a. O. durch unpassende und den §. 125 A.L.R. II. 2 durch Nichtanwendung verletzt; seine Entscheidung unterliegt also der Vernichtung." . . .

---

73. Ist die Bestimmung des §. 367 Nr. 14 Strafgesetzbuches auch auf Sicherungsmaßregeln zum Schutze von Nachbargebäuden zu beziehen? — Findet bei einem Baue, mit dessen Vornahme eine Erniedrigung des Grund und Bodens verbunden ist, neben A.L.R. I. 8. §. 187 auch die Bestimmung des §. 367 Nr. 14 St.G.B. Anwendung?

---

[1] Vgl. u. a. A.G.O. I. 24 §. 10.

II. Hilfssenat. Urt. v. 27. Oktober 1881 i. S. M. (Kl.) w. P. (Bekl.) Rep. Va. 243/81.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Auf Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist das zweite Erkenntnis vernichtet und die Sache zur Beweisaufnahme und nochmaligen Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„Der Beklagte hat im Mai 1878 auf seinem Grundstücke in der Stadt Essen den Keller eines zu errichtenden Wohnhauses etwa 6 Fuß tiefer ausschachten lassen, als das Fundament des dem Kläger gehörigen Nachbarhauses liegt. Infolgedessen, und weil nach Klägers Behauptung der Beklagte die an sein Grundstück stoßende Giebelmauer des klägerischen Hauses zu stützen unterlassen, auch nicht überall einen 3 Fuß breiten Wall gegen jene Mauer stehen gelassen, soll das Haus des Klägers Beschädigungen erlitten haben; weshalb Kläger im vorliegenden Prozesse vom Beklagten Schadensersatz verlangt.

Der Appellationsrichter hat das auf Abweisung der Klage in angebrachter Art lautende Urteil erster Instanz bestätigt. Die hiergegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers beschuldigt den Appellationsrichter u. A. der Verletzung des §. 367 Nr. 14 St.G.B., woselbst mit Strafe bedroht wird,

„wer Bauten oder Ausbesserungen von Gebäuden, Brunnen, Brücken, Schleusen oder anderen Bauwerken vornimmt, ohne die von der Polizei angeordneten oder sonst erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu treffen."

Diese Rüge ist auch als eine begründete anzuerkennen.

Den zweifellosen Charakter der vorerwähnten Strafbestimmung als eines auf Schadensverhütungen abzielenden Polizeigesetzes im Sinne des §. 26 A.L.R. I. 6 hat der Appellationsrichter zwar nicht in Abrede gestellt. Er erachtet dieselbe jedoch auf die dem Beklagten vom Kläger zum Vorwurf gemachte Unterlassung eines Stützens der klägerischen Giebelmauer für nicht anwendbar, weil sie sich offenbar nur auf Siche-

rungsmaßregeln zum Schutze des Publikums vor Unfällen, — z. B. auf das Anbringen von Warnungstafeln oder von Schutzvorrichtungen gegen das Herabfallen von Steinen — nicht aber auch auf solche Sicherungsmaßregeln beziehe, welche zum Schutze von in der Nachbarschaft befindlichen Gebäulichkeiten erforderlich sind.

Dieser einschränkenden Auslegung... steht indessen, wie die Nichtigkeitsbeschwerde mit Recht geltend macht, die ganz allgemeine Fassung der in Rede stehenden Vorschrift entgegen, welche schlechthin die Anwendung der von der Polizei angeordneten oder sonst erforderlichen Sicherungsmaßregeln verlangt, ohne in Ansehung der verschiedenen Arten möglicher Gefahren und Schäden, welchen dadurch vorgebeugt werden solle, oder in Ansehung von Personen oder Sachen, auf deren Schutz sie es abgesehen habe, irgendwie zu unterscheiden und diesbezüglich Einschränkungen zu machen. Es ist auch in der That kein Grund erfindlich, welcher den Gesetzgeber hätte veranlassen können, bei Erlaß eines polizeilichen Strafgesetzes zur Verhütung von Beschädigungen, die sich bei Gelegenheit der Vornahme von Bauten ereignen können, Einschränkungen der Art zu bestimmen und die von ihm im öffentlichen Interesse für notwendig befundene schützende Fürsorge nicht Jedermann — nicht also ebenso gut auch dem Nachbar der Baustätte wie einem jeden anderen aus dem Publikum — angedeihen zu lassen, oder sie zwar einem jeden und auch dem Nachbar, diesem aber nur in Beziehung auf Leben und Gesundheit, nicht auch in Beziehung auf sein Eigentum und insbesondere sein Haus zu statten kommen zu lassen, obschon doch durch eine Beschädigung des letzteren leicht auch Gefahren für Leben und Gesundheit der in dem Hause wohnenden Menschen entstehen können.

Nun hat zwar der Appellationsrichter noch ausgeführt, daß, selbst bei prinzipieller Annahme der Anwendbarkeit des citierten §. 367 Nr. 14 auf einen Fall wie den vorliegenden, dennoch des Klägers Versuch, aus dieser Strafbestimmung eine Verpflichtung des Beklagten herzuleiten, bei Ausschachtung seines Grund und Bodens die Nachbarmauer zu stützen, ein verfehlter sei, weil Kläger nicht die Existenz einer Baupolizeiverordnung für die Stadt Essen, wonach der Erbauer eines Hauses unter Umständen die Wände des Hauses seines Nachbars zu stützen habe, auch nicht eine seitens der Polizei an den Beklagten erlassene Anweisung zum Stützen behauptet und unter Beweis gestellt

habe, übrigens aber das nach Inhalt der Klage polizeilich von dem Stadtbauamts-Assistenten angeordnete Stützen des klägerischen Hauses nach Klägers eigener Angabe sofort erledigt worden sei. Allein auch diese Ausführung enthält eine Verletzung der in Rede stehenden Bestimmung des Strafgesetzbuches. Denn dieselbe ergiebt, daß der Appellationsrichter der Ansicht ist, es komme nur darauf an, ob die betreffende Sicherungsmaßregel eine von der Polizei (sei es generell durch eine bestehende Baupolizeiverordnung oder speziell durch eine seitens der Behörde an den Beklagten ergangene Weisung) angeordnete gewesen sei, wobei der Appellationsrichter jedoch übersieht, daß das Strafgesetz Anwendung nicht bloß der von der Polizei angeordneten, sondern auch der sonst erforderlichen, und somit überhaupt aller derjenigen Sicherungsmaßregeln verlangt, welche im einzelnen Falle der Natur der Sache und den Umständen nach als notwendig zu erachten sind, mögen sie auch nicht gerade von der Polizei angeordnet worden sein.

Der Appellationsrichter hat demnach in zweifacher Beziehung die Vorschrift der Nr. 14 des §. 367 St.G.B. verletzt und damit einen Verstoß im Sinne des §. 4 Nr. 1 der Verordnung vom 14. Dezember 1833 begangen. Sein Urteil unterliegt daher der Vernichtung." ...

In freier Beurteilung der Sachlage wird nun zunächst ausgeführt, daß der Beklagte als Eigentümer unbestreitbar wohlbefugt gewesen sei, auf seinem Grundstück einen Keller in beliebiger Tiefe auszuschachten, auch — wie er dies gethan — in einer größeren als derjenigen des Fundamentes des klägerischen Nachbarhauses; und daß Kläger, insofern er die Schadensersatzpflicht des Beklagten aus einer Nichtbeachtung der Vorschrift des §. 187 A.L.R. I. 8 herleite, den geltend gemachten Anspruch nicht hinreichend substantiiert habe. Alsdann aber heißt es weiter:

„In erster Linie hat auch Kläger seinen Schadensanspruch nicht sowohl auf das angebliche Zuwiderhandeln des Beklagten gegen §§. 187 flg., als vielmehr darauf gegründet, daß derselbe bei dem Kellerausschachten unterlassen habe, des Klägers Giebelmauer zu stützen. Und in dieser Beziehung allerdings ist der Klaganspruch als ein rechtlich begründeter anzuerkennen, sofern die bestrittenen thatsächlichen Behauptungen des Klägers sich bei stattfindender Beweisaufnahme bewahrheiten sollten. Wie bereits oben bei Beurteilung der Nichtigkeitsbeschwerde gezeigt worden

ist, findet die Strafbestimmung des §. 367 Nr. 14 St.G.B. auch Anwendung, wenn bei Vornahme von Bauten solche Maßregeln unterlassen wurden, welche zur Verhütung von Beschädigungen eines der Baustätte benachbarten Gebäudes erforderlich waren. Demgemäß, und da es sich bei der in Rede stehenden Kelleranlage des Beklagten um die Vornahme eines Baues handelte, war es des Beklagten Pflicht, diejenigen Maßregeln zu treffen, welche der Natur der Sache und den Umständen nach notwendig erschienen, um das Nachbarhaus des Klägers vor einer möglichen Beschädigung durch das Ausschachten des Kellers zu bewahren. Der Annahme einer Pflicht des Beklagten hierzu auf Grund des citierten §. 367 Nr. 14 kann der Umstand, daß die privatrechtlichen Bestimmungen über Eigentumseinschränkungen zum besten des Nachbarn dem Eigentümer, welcher seinen Grund und Boden erniedrigen will, etwas weiteres als das Stehenlassen eines 3 Fuß breiten Walles gegen die nachbarliche Verzäunung nicht vorschreiben, nicht entgegengehalten werden; denn hieraus läßt sich nur folgern, daß der Beklagte nicht im Civilprozeßwege vom Kläger zur Ergreifung besonderer Sicherungsmaßregeln für dessen Haus hätte angehalten werden können, nicht aber auch, daß nicht ein auf Verhütung von Beschädigungen bei Gelegenheit der Vornahme von Bauten abzielendes Polizeistrafgesetz, welches ganz allgemein und ohne jede Ausnahme dem Bauenden Anwendung aller erforderlichen Sicherungsmaßregeln zur Pflicht macht, auch von demjenigen beobachtet werden müßte, welcher durch eine den Grund und Boden erniedrigende bauliche Anlage auf seinem Grundstück ein Nachbarhaus der Gefahr einer Beschädigung aussetzt, ohne daß, den obwaltenden Umständen nach, das Stehenbleiben eines 3 Fuß breiten Walles eine schon hinlängliche Sicherheit gegen solche Gefahr gewährt. Unerheblich ist ferner, daß Beklagter, seiner Behauptung nach, die Ausführung des ganzen Baues seines Hauses einschließlich des Kellerausschachtens einem anderen (dem Litisdenunciaten) kontraktlich übertragen hatte: im Sinne des Polizeigesetzes blieb dessenungeachtet er, der Herr des Baues, auch seinerseits ein solcher, welcher den Bau „vornahm" und daher auch für die erforderlichen Sicherungsmaßregeln zu sorgen hatte. Das A.L.R. (II. 20. §§. 773—775) hatte diese Sorge nur den „unmittelbaren Aufsehern" — den Baumeistern also — zur Pflicht gemacht. Schon das preußische St.G.B. von 1851 aber — welches für das jetzige Reichs-St.G.B. als Vorbild und Grundlage

gedient hat — dehnte die Verpflichtung aus auf die Bauherren: wohlweislich zu dem Zwecke, um auch diese mit hineinzuziehen, hat man bei Redaktion des preußischen Strafgesetzbuches die betreffende Vorschrift so gefaßt, wie es im §. 345 unter Nr. 11 geschehen ist (Goltdammer, Materialien zum pr.St.G.B. Bd. II. S. 732 Note 9; siehe auch Entscheidungen des preußischen Obertribunals Bd. 37 S. 37—38), und in wörtlich gleichlautender Fassung ist die Vorschrift später in das deutsche St.G.B. (§. 367 Nr. 14) übernommen worden. Ihre Anwendbarkeit auch auf den Beklagten als den Bauherrn kann demnach keinem Bedenken unterliegen.

War also ein Stützen der Giebelmauer des klägerischen Hauses den Umständen nach überhaupt erforderlich, um dasselbe vor einer möglichen Beschädigung durch das Ausschachten des Kellers zu sichern, dann hatte mithin auch der Beklagte dafür zu sorgen, daß diese Maßregel angewandt wurde; und unterließ Beklagter dies, so machte er sich der Vernachlässigung eines auf Schadensverhütungen abzielenden Polizeigesetzes — des citierten §. 367 Nr. 14 — schuldig und muß dem Kläger nach §. 26 A.L.R. I. 6 für allen Schaden aufkommen, welcher durch Anwendung der gedachten Sicherungsmaßregel hätte vermieden werden können." ...

Hiernach wird erörtert, über welche der streitigen Thatsachen erst nach dem angetretenen Beweis (und bez. Gegenbeweis) zu erheben sei, bevor in der Sache definitiv erkannt werden könne.

---

74. Voraussetzungen der Aufhebung der väterlichen Gewalt durch Übernahme einer mit Gehalt verbundenen Stelle als Kommis in einem Handlungsgeschäfte.

A.L.R. II. 2. §. 212a.

I. Civilsenat. Urt. v. 12. November 1881 i. S. Z. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. I. 153/81.

I. Landgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte hat den eingeklagten Saldoanspruch der klagenden Bankfirma aus einem den Zeitraum vom 1. April bis 1. Oktober 1873 umfassenden Geschäftsverkehr, welcher den kommissionsweisen Ein- und Verkauf von Wertpapieren für Rechnung des Beklagten zum Gegenstande hatte, deshalb angefochten, weil er während jenes Zeitraumes noch in väterlicher Gewalt gestanden habe. Der Beklagte war im Januar 1872 großjährig geworden, hatte bis zum 1. April 1873 bei Gebr. H. als Handlungslehrling fungiert und wollte nach beendigter Lehrzeit zunächst seiner Militärpflicht als Einjährig-Freiwilliger genügen. Da er aber erst zum 1. Oktober 1873 eintreten konnte, und für das Halbjahr vom 1. April bis 1. Oktober 1873 keine andere ihm konvenierende Stelle als Kommis fand, so erboten sich seine bisherigen Lehrherren, ihn für dieses halbe Jahr, jedoch unter Vorbehalt sechswöchiger Kündigung, als Kommis in ihrem Geschäft gegen eine etwas höhere Remuneration, als er schon in der letzten Zeit seiner Lehre bezogen hatte, beizubehalten, und Beklagter nahm diese Offerte an. Gebr. H. verfielen jedoch im Mai 1873 in Konkurs; Beklagter bezog daher nur bis 1. Juli 1873 das stipulierte Gehalt, wurde jedoch vom Konkursverwalter zur Aushilfe bei Abwickelung der Geschäfte noch bis in den Monat August 1873 beibehalten. Während der Zeit vom 1. April bis 1. Oktober 1873 hat Beklagter, ebenso wie während seiner Lehrzeit, bei seinem Vater unentgeltlich Logis und Kost erhalten. Bei dieser Sachlage erachtete das Gericht II. Instanz, unter Abänderung des Urteils erster Instanz, den Einwand des Beklagten für begründet und wies die Klage ab. Auf Revision des Klägers hat das Reichsgericht das zweite Urteil bestätigt aus folgenden

Gründen:

„Das angefochtene Urteil beruht auf der Annahme, daß der Beklagte auch während des Zeitraumes vom 1. April 1873 bis 1. Oktober 1873 noch nicht durch Betrieb eines eigenen Gewerbes im Sinne des §. 212 a A.L.R. II. 2 aus der väterlichen Gewalt ausgeschieden sei, weil er nicht dauernd, sondern nur vorübergehend in eine, mit auskömmlichem Gehalte ausgestattete Stellung als Kommis eingetreten sei. Diese Annahme ist zu billigen. Der Betrieb eines eigenen Gewerbes kann allerdings vorliegen, wenn ein Hausſohn eine Stelle als Kommis mit Gehalt übernimmt, aber ein solcher liegt nicht notwendig und in allen Fällen darin, vielmehr ist allgemein in der

Doktrin wie in der gerichtlichen Praxis[1] angenommen, daß dazu außer einem auskömmlichen Gehalt eine dauernde Stellung, welche ein auskömmliches Einkommen dauernd bringen kann, erforderlich ist, eine bloß vorübergehende Beschäftigung nicht ausreicht. Eine, wie vorliegend, als eine ganz vorübergehende von Anfang an ins Auge gefaßte, wenngleich mit Gehalt verbundene Stellung als Kommis ist nicht geeignet, die Aufhebung der väterlichen Gewalt zu bewirken. Anders läge die Sache, wenn Beklagter eine Stelle als Kommis mit der Absicht, solche dauernd als Lebensberuf, und um sich dadurch dauernd seine Subsistenz zu erwerben, angenommen und dann wider Erwarten nach kurzer Zeit wieder verloren hätte, und dadurch genötigt wäre, bis auf weiteres in das elterliche Haus zurückzukehren. In diesem Falle wäre die väterliche Gewalt als aufgehoben anzusehen, und sie könnte auch durch die Rückkehr in das väterliche Haus nicht wieder aufleben. Darum ist es auch im vorliegenden Falle nicht entscheidend, daß Beklagter infolge der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gebr. H. seine Stelle in deren Geschäfte früher, als er erwartete, wieder verloren hat. Entscheidend ist aber, daß Beklagter schon beim Eintritt in die Stelle als Kommis bei den Gebr. H. am 1. April 1873 beabsichtigte, die Stelle nur zum Zwecke einer vorübergehenden Beschäftigung bis zu dem zum 1. Oktober 1873 beabsichtigten Eintritt als Einjährig-Freiwilliger zu übernehmen, und nur bis zum 1. Oktober 1873 noch bei seinem bisherigen Lehrherrn gegen eine etwas erhöhte Remuneration bleiben wollte und sollte, wie mit dem Appellationsrichter als erwiesen anzunehmen ist. Daß, wie Beklagter selbst behauptet, sein Dienstherr sich auch in Bezug auf den Beklagten eine sechswöchige Kündigung vorbehalten, hatte nur die Bedeutung, daß der Prinzipal sich des Beklagten auch vor dem 1. Oktober 1873 nach vorgängiger Kündigung entledigen konnte."

---

[1] v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 52 S. 52; Gesetzrevision XV. S. 119. 120; Bornemann, Preuß. Civilrecht Bd. 5 S. 305. 306; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 3 S. 142 und Note 7. 8; Förster, Preuß. Privatrecht 3. Ausg. Bd. 3 S. 624 und Note 15; Gruchot, Beitr. Bd. 6 S. 61; Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 20 S. 378 flg. Präjudiz 2348; Striethorst, Archiv Bd. 51 S. 341; Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 4 S. 390. D. E.

75. Wird die durch A.L.R. I. 5. §. 342 gegebene Befugnis teilweiser Redhibition dadurch ausgeschlossen, daß die Gegenleistung des Redhibenten im Sinne A.L.R.'s I. 2. §. 41 unteilbar ist? Wie ist — verneinendenfalls — der Betrag des vom Gegenkontrahenten zu restituierenden Teiles der Gegenleistung zu ermitteln?

I. Hilfssenat. Urt. v. 25. November 1881 i. S. A. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IV a. 897/80.

I. Landgericht Graudenz.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die Parteien haben je drei Pferde gegen einander vertauscht und der Beklagte verpflichtete sich dabei zur Zahlung einer Zugabe von 425 ℳ. Auf Zahlung des Restes der letzteren mit 400 ℳ in Anspruch genommen, machte er einwandsweise und widerklagend sein Recht auf Redhibition eines der eingetauschten Pferde und demgemäße Reduktion seiner Leistung um den Betrag des Tauschwertes dieses Pferdes, welchen er auf über 400 ℳ berechnete, sowie auf Erstattung der Futterkosten bis zur Rücknahme desselben geltend. Seinen Anträgen gemäß wurde in zweiter Instanz der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und auf die Widerklage zur Zurücknahme des gedachten Pferdes und Erstattung der Futterkosten verurteilt, während in erster Instanz der Beklagte und Widerkläger, unter grundsätzlicher Anerkennung seines Redhibitionsrechtes, mit dem Anspruche auf Futterkosten abgewiesen war. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist — aus hier nicht interessierenden Gründen — das Appellationsurteil im übrigen vernichtet und die Sache zur Beweisaufnahme über den Tauschwert des redhibirten Pferdes und demnächstigen anderweiten Entscheidung in die zweite Instanz zurückgewiesen. Dagegen wurde die Nichtigkeitsbeschwerde insoweit, als sie sich auf die Entscheidung über die Futterkosten bezog, für unbegründet erachtet.

Es lauten die auf obige Fragen bezüglichen

Gründe:

„Der Ausspruch des Appellationsrichters über die Verpflichtung des Klägers zur Erstattung der Futterkosten beruht, wie die Bezug-

nahme auf die Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 8 S. 245 ergiebt, auf einem selbständigen Grunde. Der letztere ist nun zwar vom Implo-ranten direkt nicht angegriffen. Wohl aber hat derselbe die Grund-lage der ganzen vorrichterlichen Entscheidung, nämlich die Zulassung der teilweisen Redhibition des Tauschobjektes, mit dem Vorwurfe der Verletzung der §§. 342. 326 A.L.R. I. 5, sowie folgende Rechtsgrund-sätze angefochten:

1. mit der actio oder exceptio redhibitoria kann nur Zurückgabe des für die fehlerhafte Sache Gegebenen, nicht der Wert der fehler-haften Sache gefordert werden;
2. bei einem Vertrage über eine Mehrheit von Sachen, die keinen Inbegriff bilden, kann in Ansehung einer einzelnen fehlerhaften Sache das Rücktrittsrecht nur unter Voraussetzung der Teilbarkeit der Gegenleistung ausgeübt werden;
3. sind mehrere Sachen gegen mehrere Sachen mit oder ohne bare Zugabe ungesondert in Tausch gegeben, so kann wegen Fehler-haftigkeit einer einzelnen Sache nur vom ganzen Vertrage zurück-getreten werden.

Der Angriff entbehrt der Begründung. Denn wenn es auch richtig ist, daß lebende Tiere zu den unteilbaren Sachen im Sinne des §. 41 A.L.R. I. 2 gehören, und wenngleich die Gegenleistung des Beklagten den Charakter realer Teilbarkeit dadurch nicht gewinnt, daß außer der Hingabe von Pferden noch eine Zulage in Geld zu leisten ist und es sich vorliegend nur um eine Verminderung der letzteren handelt, weil nicht festgestellt ist, daß die bare Zulage das besondere Äquivalent für das fehlerhafte Pferd bilden sollte; so hat doch das Gesetz das durch §. 342 A.L.R. I. 5 anerkannte Recht teilweiser Wandlung von der realen Teilbarkeit der Gegenleistung nicht abhängig gemacht nnd konnte dies nicht thun, ohne die Mehrzahl der Tauschverträge über bewegliche Sachen, bei denen doch die allgemeinen Grundsätze über die Gewähr-leistung gleichfalls zur Anwendung kommen sollen (§. 318 a. a. O.), von dem Geltungsbereich des §. 342 a. a. O. auszuschließen. Solchenfalls hätte aber demjenigen, welcher mehrere Sachen, die keinen Inbegriff bilden, gegen ein in Natur nicht teilbares Äquivalent eingetauscht hat, mindestens die Befugnis zur Redhibition sämtlicher Sachen wegen Fehlerhaftigkeit eines Stückes gewährt werden müssen, eine Befugnis, welche der §. 342 a. a. O. nicht einräumt.

Vgl. Rechtsfälle aus der Praxis des preußischen Obertribunales Bd. 4 S. 123; Striethorst, Archiv Bd. 29 S. 89.

Da dies nicht geschehen ist, so kann dem vom Kläger hervorgehobenen Umstande ein Einfluß auf die Anwendbarkeit des §. 342 a. a. O. überhaupt nicht zugestanden werden, und das Gesetz selbst giebt auch durch die Entscheidung des gleichartigen Falles der teilweisen Entwehrung einer eingetauschten Sache (A.L.R. I. 11. §. 370) den Weg an, auf welchem die Ermittelung des bei teilweiser Wandelung zu erstattenden Teiles des Äquivalents zu erfolgen hat, nämlich die Abschätzung der Tauschobjekte durch Sachverständige (vgl. auch §§. 365. 366. 206 a. a. O. und die auf die Minderungsklage bezüglichen Ausführungen des Reichsgerichtes in dem Urteile vom 5. März 1880 in Gruchot's Beiträgen Bd. 24 S. 891 flg.).

Ohne Einfluß auf die Ausübung des im §. 342 a. a. O. anerkannten Rechtes teilweiser Redhibition ist auch der Umstand, daß die Gegenleistung des Beklagten sich ungeteilt auf sämtliche von ihm eingetauschte Pferde bezieht.

Vgl. Rechtsfälle aus der Praxis des preußischen Obertribunales Bd. 4 S. 123 flg.; Striethorst, Archiv Bd. 29 S. 89 flg.; Förster, Theorie 4. Aufl. I. S. 566 Note 31; Dernburg, Preußisches Privatrecht II. §. 145 bei Note 18.

Der Appellationsrichter hat sich hiernach einer Verletzung der bezeichneten Gesetzesvorschriften nicht schuldig gemacht und die zu 2 und 3 formierten Rechtsgrundsätze sind als solche des geltenden Rechts nicht anzuerkennen. Der Rechtsgrundsatz zu 1 kann aber schon deshalb nicht verletzt sein, weil nicht festgestellt ist (und durch die Sachdarstellung des Appellationsrichters sogar widerlegt wird), daß der Beklagte den Wert (d. h. den absoluten Wert) des fehlerhaften Pferdes zurückfordere, indem er vielmehr nur die verhältnismäßige Herabsetzung der zu Gelde angeschlagenen Gegenleistung verlangt. Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bezüglich dieses Streitpunktes zurückzuweisen.

Im übrigen war dagegen das Appellationsurteil zu vernichten.

(Es folgt die Beurteilung der Sache selbst, in deren Verlauf es heißt):

Dagegen hat Beklagter zur Elidierung der Klage denjenigen Geldbetrag nachzuweisen, welcher nach Maßgabe des Tauschvertrages als

Äquivalent des redhibierten Pferdes anzusehen und demgemäß von der seinerseits übernommenen Gegenleistung in Abzug zu bringen ist. Dieser Betrag ist in der Weise zu ermitteln, daß der Wert der letzteren durch Abschätzung der vom Beklagten in Tausch gegebenen drei Pferde, wobei es auf deren Beschaffenheit zur Zeit des Vertragsschlusses ankommt, und Hinzurechnung der versprochenen Zugabe vom ℳ 425 festzustellen und der hiervon auf das redhibierte Pferd treffende Teil nach dem Verhältnisse des Wertes, welchen dasselbe ohne den gerügten Fehler gehabt haben würde, zu dem Werte der beiden anderen vom Beklagten eingetauschten Pferde zu berechnen ist."

---

76. 1. Genügt zur Erwerbung einer Servitut gegen ein Lehngut durch Ersitzung die Meinung des Ersitzenden, daß ihm ein nicht bloß gegen den Lehnsbesitzer, sondern auch gegen alle Lehnsagnaten geltend zu machendes Recht zustehe, oder muß sich dessen Wille objektiv in Besitzhandlungen kund gethan haben, welche ersichtlich machen, daß die Servitut als ein auch gegen die Agnaten geltend zu machendes Recht in Anspruch genommen werde?

2. Ist nach hinterpommerschem Lehnrechte der Lehnsbesitzer zur dauernden Belastung des Lehns mit Servituten berechtigt?

3. Hat die Unterlassung der Eintragung der agnatischen Rechte gemäß §§. 7 u. 8 des Gesetzes vom 11. Juli 1845 die Folge, daß der betreffende Agnat eine nur gegen den Lehnsbesitzer ersessene Servitut anerkennen muß?

II. Hilfssenat. Urt. v. 28. November 1881 i. S. v. Kl. (Bekl.) w. B. u. Gen. (Kl.) Rep. Va. 443/81.

I. Generalkommission Stargard.
II. Oberlandeskulturgericht Berlin.

Aus den Gründen:

„Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß die Kläger und deren Vorbesitzer die von ihnen beanspruchten Fischereigerechtigkeiten auf dem

zu dem Lehngute Lanzen gehörigen Anteil des Zemmin-See's seit länger als 30 Jahren, vom Jahre 1850 zurückgerechnet, frei, öffentlich und ungestört in der Meinung ausgeübt haben, daß ihnen ein nicht bloß gegen den zeitigen Besitzer, sondern auch gegen die Lehnsagnaten geltend zu machendes Recht zustehe. Obgleich er nicht in Zweifel zieht, daß die aus dem Grundbuch erhellende Qualität des Gutes Lanzen den Klägern und deren Vorbesitzern bekannt gewesen, sowie daß Beklagter weder zu den Descendenten noch zu den Erben der früheren Lehnsbesitzer gehöre, hat er gleichwohl angenommen, daß Kläger durch die festgestellte Besitzausübung Fischereigerechtigkeiten erworben hätten, welche auch Beklagter anerkennen müsse. Er verwirft die von dem früheren preußischen Obertribunal — vgl. Präjudiz Nr. 2704: Entsch. Bd. 36 S. 232; Entsch. Bd. 41 S. 247, Bd. 53 S. 184; Striethorst, Archiv Bd. 33 S. 223, Bd. 34 S. 106 — angenommene und auch vom Reichsgericht — Entsch. Bd. 2 S. 218 — gebilligte Ansicht, daß die Verjährung gegen ein Familienfideikommiß oder Lehn nur insoweit wirksam sein könne, als sie in einer Weise begonnen, wodurch sämtliche Fideikommißinteressenten resp. Lehnsagnaten gebunden würden, und erachtet es nicht für erforderlich, daß der Wille des Ersitzenden sich objektiv in Besitzhandlungen kund thue, aus denen ersichtlich werde, daß ein nicht bloß gegen den gegenwärtigen Besitzer, sondern ein auch über dessen Besitzzeit hinaus gegen alle Agnaten geltend zu machendes Recht in Anspruch genommen werde. Er führt aus, es könne bei freier und öffentlicher Ausübung eines Rechtes seit Menschengedenken nicht füglich bezweifelt werden, daß die Prätendenten ihr Recht nicht von dem zeitigen Vasallen allein ableiten und nicht bloß von ihm, sondern von allen Lehnsagnaten die Gestattung verlangten, zumal die Verjährung thatsächlich nicht immer als eine selbständige Erwerbsart, sondern häufig nur als Ersatz anderer nicht mehr nachweisbarer Erwerbstitel anzusehen sei. Hätten daher die Berechtigten von Anfang an und die ganze Verjährungszeit hindurch bona fide ein fortdauerndes, gegen jeden dritten Besitzer wirksames dingliches Recht auszuüben gemeint, von dessen legaler Entstehung nur jetzt die Beweismittel verloren gegangen seien, so müßten die Agnaten das durch die vom Besitzer gestattete Ausübung erworbene Recht auch anerkennen, gleichviel ob sie von der Ausübung Kenntnis erlangt hätten. Denn vor Eintritt ihres Lehnfolgerechtes habe ihnen keinerlei Art von Besitz an dem Gut zugestanden, und deshalb komme

bei der Beurteilung der äußeren Erscheinung der Besitzhandlungen (§§. 80 flg. A.L.R. I. 7) nur das Verhältnis zwischen demjenigen, der den Besitz des Rechts ergreife, und demjenigen in Betracht, der als Besitzer der Sache in der Lage sei, die Besitzergreifung zu vereiteln, das heißt dem Vasallen, da die Agnaten gar nicht bei der Besitzergreifung mitzuwirken gehabt hätten, selbst wenn sie bei Einräumung des Rechtes zugezogen wären.

Diese Ausführung ist rechtsirrtümlich. Ihr steht zunächst entgegen, daß sie die Vorschrift des §. 516 A.L.R. I. 9:

> Auch gegen den, welcher sein Recht zu gebrauchen oder zu verfolgen gehindert wird, kann keine Verjährung anfangen —

ganz unberücksichtigt läßt. Zutreffend nimmt der Berufungsrichter an, daß nur der besitzende Vasall in der Lage ist, die Ausübung eines Fischereirechtes an dem Lehngut zu verhindern. Da er befugt ist, für seine und seiner Descendenten Besitzzeit über die Nutzungen des Lehns rechtsverbindlich zu verfügen, so sind die Agnaten nicht berechtigt, der Ausübung einer Servitut, welche der Lehnsbesitzer duldet, entgegenzutreten. Nach §. 295 in Verbindung mit §§. 290 und 291 A.L.R. I. 18 können die Agnaten selbst in dem Falle, wenn der Lehnsbesitzer ihnen nachteilige Verfügungen über das Lehn in das Grundbuch hat eintragen lassen, solche erst alsdann anfechten, wenn die Succession des Lehns an sie gekommen ist. Aus Handlungen, denen die Agnaten nicht widersprechen konnten und die ihnen kein Klagerecht gewährten, konnte daher gegen sie ein Besitz gemäß §. 81 A.L.R. I. 7 überhaupt nicht und gemäß §. 516 A.L.R. I. 9 insbesondere kein Verjährungsbesitz erworben werden.

Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 41 S. 255.

Nach §. 512 A.L.R. I. 9 kann auch keine Verjährung gegen denjenigen anfangen, der von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können. Daraus folgt, daß die vom Berufungsrichter thatsächlich festgestellte bloße Meinung des Ersitzenden, er leite sein Recht nicht von dem zeitigen Vasallen allein ab und verlange dessen Gestattung nicht bloß von ihm, sondern auch von allen künftigen Lehnsnachfolgern, zum Erwerb eines Verjährungsbesitzes gegen diese nicht ausreichend ist, sondern daß es einer solchen objektiven Dokumentierung dieser Willensmeinung bedarf, welche sie den Agnaten, deren Rechte durch die Verjährung verkürzt

werden sollen, erkenntlich macht. Denn da in der durch die Verjährung herbeigeführten Rechtsveränderung einerseits ein Verlust und andererseits ein lukrativer Erwerb von Rechten liegt, so stellen die Gesetze auch als selbständige in jedem Falle zugleich erforderliche Voraussetzungen der Verjährung auf, daß der Erwerbende sich in einem unverschuldeten Irrtum (bona fides) befinden, dem Verlierenden dagegen eine Nachlässigkeit in der Wahrnehmung seiner Rechte zur Last fallen muß. An dem letzteren Erfordernis fehlt es, wenn der Agnat, der seine Recht infolge der Verjährung verlieren soll, weder Kunde von einem dieselben bedrohenden Besitzstande haben konnte, noch imstande war, sein Recht im Wege der Klage geltend zu machen. Der Berufungsrichter verletzt daher die §§. 512. 516 I. 9 und den §. 295 A.L.R. I. 18 durch die Annahme, es genüge zum Erwerb eines auch gegen die Agnaten geltend zu machenden Servitutrechtes an einem Lehngut die gegen den Lehnsbesitzer allein geschehene Ausübung, wenn der Ersitzende nur der Meinung sei, daß ihm ein auch gegen die Lehnsnachfolger wirksames Recht zustehe.

Aber auch die darauf bezügliche thatsächliche Feststellung des Berufungsrichters beruht auf rechtsirrtümlichen Voraussetzungen. Sie geht davon aus, daß der §. 288 A.L.R. I. 18 sich überhaupt nicht auf die Verjährung beziehe, weil in dem Geschehenlassen einer Ersitzung keine Verfügung gefunden werden könne, die, wenn sie auch auf stillschweigender Willenserklärung beruhen könne, doch nach §. 58 A.L.R. I. 4 durch eine Handlung ausgedrückt werden müsse, während nach §§. 61 und 62 das. bloßes Stillschweigen dazu nicht genüge. Der Berufungsrichter übersieht hierbei, daß unter Handlungen nicht bloß positive (Begehungs-), sondern auch negative (Unterlassungs-) Handlungen zu verstehen sind.

Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. I. §§. 67 und 72 und Puchta, Kursus der Institutionen Bd. 2 §. 201.

Daß namentlich im §. 58 A.L.R. I. 4 unter Handlungen auch Unterlassungen verstanden sind, geht gerade aus der folgenden Bestimmung, es solle bloßes Stillschweigen nur unter gewissen Voraussetzungen für eine stillschweigende Willenserklärung erachtet werden, klar hervor. Die Duldung von Besitzhandlungen, welche Rechtsveränderungen herbeiführen, ist kein bloßes Stillschweigen, sondern eine Unterlassungshandlung, und das Institut der Verjährung findet gerade darin eine Rechtfertigung,

daß in dieser Unterlassung eine Anerkennung des Rechtes oder eine Nachlässigkeit zu finden ist. Dem entspricht auch l. 28 pr. D. 50, 16:

Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi.

Daß der Vasall nach §. 288 A.L.R. I. 18 nicht befugt ist, durch vertragsweise Einräumung einer Servitut die Rechte der Agnaten zu beeinträchtigen, zieht der Berufungsrichter selbst nicht in Zweifel. Mit Recht aber folgert das preußische Obertribunal — Entsch. Bd. 53 S. 191 — daraus, daß auch infolge seiner Omissionen, also durch nur gegen ihn gerichtete Besitzhandlungen, kein von den Agnaten anzuerkennendes Recht entstehen dürfe. Demgemäß schließen auch die §§. 581 und 582 A.L.R. I. 9 die Verjährung in betreff der durch rechtsgültige Privatverfügungen dem Verkehr entzogenen Sachen aus, insofern diese Verfügungen den Erwerbenden verpflichten können. Daß aber die aus der Lehnsqualität folgende Dispositionsbeschränkung jeden Dritten insbesondere dann bindet, wenn ihm dieselbe bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich ist, kann nach den im §. 582 I. 9 angezogenen §§. 15 bis 19 A.L.R. I. 4 nicht zweifelhaft sein. — Vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 62 S. 51. — Diese Bekanntschaft mit der Lehnsqualität schließt den guten Glauben des Ersitzenden, daß ihm der Lehnsbesitzer ein Servitutrecht an dem Lehn einräumen könne, notwendig aus. Guter Glaube könnte nur dann vorhanden sein, wenn sich der Ersitzende auf einen von sämtlichen Agnaten eingeräumten Rechtstitel stützte oder auf einen vor Begründung des Lehnsnexus bereits begonnenen Besitz. Der Berufungsrichter nimmt auch an, daß den Klägern ein solcher Glaube beigewohnt habe. Allein diese Feststellung wird nicht aus bestimmten Thatumständen dieses konkreten Falles, sondern aus allgemeinen rechtlichen Erwägungen hergeleitet, indem ausgeführt wird, es könne mit Rücksicht darauf, daß die Verjährung häufig nicht ein Erwerbstitel, sondern nur ein Ersatz für die verlorenen Beweismittel einer anderen ursprünglichen Erwerbungsart sei, nicht in Zweifel gezogen werden, daß die Erwerber bei der seit Menschengedenken frei und ungestört geschehenen Ausübung in dem guten Glauben gewesen seien, ein gegen jeden Dritten wirksames Recht erworben zu haben. Solche Vermutungen sind in den Gesetzen aber nirgends begründet. Nach §. 179 A.L.R. I. 7 spricht allerdings die Vermutung für die Rechtmäßigkeit und Redlichkeit des Besitzes. Über den Umfang dieses Besitzes besteht aber keinerlei Rechts-

vermutung, namentlich nicht dahin, daß der von einem bestimmten Zeitpunkt an bewiesene Besitz schon vor diesem Zeitpunkt vorhanden gewesen und daß der äußerlich nur gegen die Lehnsbesitzer ausgeübte Besitz sich auf einen alle Lehnsagnaten bindenden Titel stütze. Vielmehr erwirbt der Besitzer nach §§. 665 und 666 A.L.R. I. 9 das Recht durch die Vollendung der Verjährung, und das Recht erstreckt sich nicht weiter, als der Besitz gegangen ist. Weiter als der Besitz reichte, erstreckt sich aber auch die Vermutung der Gutgläubigkeit nicht, und wenn daher dieser Besitz sich durch Handlungen ausgedrückt hat, die lediglich gegen den Lehnsbesitzer gerichtet waren, so steht dem Erwerber auch nur die Präsumtion zur Seite, daß er des guten Glaubens sei, der Lehnsbesitzer habe ihm das betreffende Recht eingeräumt. Dadurch kann er aber, wenn ihm die Lehnsqualität bekannt war, ein die Agnaten bindendes Recht erworben zu haben nicht glauben. Will er solchen guten Glauben behaupten, so muß er Thatsachen nachweisen, aus denen derselbe zu folgern ist, also Besitzhandlungen, die gegen alle Agnaten gerichtet waren, oder einen Titel, der alle Agnaten bindet. Durch seine gegenteiligen Ausführungen hat der Berufungsrichter den §. 28 I. 13 A.G.O., die §§. 11. 12. 14. 18. 81 und 179 I. 7 — die §§. 512. 516. 581. 582 und 591 I. 9 und die §§. 288 und 295 A.L.R. I. 18 verletzt.

Er stützt sein Erkenntnis zwar noch durch zwei selbständige Entscheidungsgründe; diese beruhen aber ebenfalls auf rechtsirrtümlichen Grundsätzen. Er folgert nämlich aus dem nach pommerschem Lehnrecht geltenden Grundsatz, daß Agnaten, auch wenn sie nicht Descendenten oder Erben des Lehnsbesitzers sind, die subsidiäre Verhaftung des Lehngutes für Schulden des letzteren anerkennen müssen, eine allgemeine Dispositionsbefugnis des Lehnsbesitzers über das Lehn, namentlich seine Berechtigung, dasselbe mit Servituten zu belasten, welche die Agnaten anerkennen müßten. Wäre diese Ansicht richtig, so würde sie allerdings die Entscheidung des Berufungsrichters rechtfertigen. Es kann ihr aber nicht beigestimmt werden. Weder die Lehnskonstitution vom 8. Dez. 1694 noch das in Pommern geltende Gewohnheitsrecht in Lehnssachen verhalten sich überhaupt über die Berechtigung des Lehnsbesitzers, das Lehngut mit Servituten zu belasten. Die Grundsätze über die subsidiäre Verhaftung der Lehnsgüter für unkonsentierte Schulden des Lehnsbesitzers lassen aber ihrer exzeptionellen Natur wegen

überhaupt eine analoge Anwendung nicht zu. Aber selbst eine solche würde doch immer nur zu einer subsidiären Verhaftung des Lehnsgutes führen können, wenn der Servitutberechtigte aus dem Allodialvermögen des Lehnsbesitzers keine Entschädigung zu erhalten vermag. Dies setzt auch die Entscheidung des Reichsgerichtes (Entsch. in Civils. Bd. 2 S. 218), welche von einem hinterpommerschen Lehn handelt, voraus. Der Appellationsrichter hat daher auch die gedachte Lehnskonstitution vom 8. Dez. 1694 verletzt.

Endlich hat der Berufungsrichter die §§. 7 und 8 des Gesetzes vom 11. Juli 1845 verletzt, indem er daraus herleitet, der Beklagte habe sein Recht, das durch die Verjährung gegen die Lehnsbesitzer erworbene Fischereirecht nicht anzuerkennen, dadurch verloren, daß er seine agnatischen Rechte nicht schon zu einer Zeit habe eintragen lassen, als die Verjährung noch nicht vollendet war. Denn die allegierten Bestimmungen sprechen nicht von Rechten, welche durch die Verjährung erworben sind, sondern von solchen, welche der Lehnsbesitzer in Verhandlungen, in welche sich der dritte Erwerber mit ihm eingelassen, ausdrücklich eingeräumt hat. Aber selbst wenn sich das Gesetz auch auf Rechte bezöge, die durch Verjährung gegen den Lehnsbesitzer erworben sind, so setzt es doch jedenfalls den vollendeten Erwerb solcher Rechte voraus. Hier handelt es sich aber gerade um die Frage, ob bis zum Jahre 1850 eine Verjährung vollendet sei, ob also 25 Jahre vor Emanation des Gesetzes von 1845 ein zur Erwerbung der Fischereirechte gegen die Agnaten geeigneter Besitz bestanden habe. In betreff dieser Frage kann das Gesetz von 1845 nicht entscheidend sein, da es keine rückwirkende Kraft hat, also dem früheren Besitz eine rechtserwerbende Wirkung, die er nach den bisherigen Gesetzen nicht hatte, nicht nachträglich verleihen konnte."

---

77. Kann dem Cessionar einer rechtskräftig festgestellten Forderung gegenüber der Schuldner eine ihm gegen den Cedenten zustehende Forderung zur Kompensation bringen?

I. Hilfssenat. Urt. v. 29. November 1881 i. S. B., W. u. Gen. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. IV a. 153/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Theaterdirektor B. erstritt gegen den jetzigen Kläger rechtskräftig eine Forderung von 28 710 ℳ mit Zinsen und cedierte verschiedene Teilbeträge dieser Forderung an die jetzigen Beklagten. Diese stellten Exekutionsanträge gegen den jetzigen Kläger. Der letztere kam der Zwangsvollstreckung durch ein Depositionsgesuch zuvor, welches er auf die Behauptung gründete, daß ihm Gegenforderungen an B. von einem Betrage zuständen, der den Betrag der von B. gegen ihn erstrittenen Summe überstiege und daß B. zahlungsunfähig sei. Die Deposition wurde auf Grund des §. 266 A.L.R. I. 16 zugelassen. Der Kläger erhob darauf gegen B. und gleichzeitig gegen dessen Cessionarien mit dem Antrage Klage, die Beklagten zu verurteilen, sich die Aufrechnung seiner Forderungen gegen die zum Depositum gezahlte Forderung des B. gefallen zu lassen und in die Auszahlung des deponierten Betrages bis zum Betrage seiner Forderungen zu willigen, — nahm aber nach dem im Laufe des Prozesses eingetretenen Tode des B. die Klage gegen die Erben desselben zurück. — Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab, weil die Thatsachen, auf welche der Kläger seine Forderungen gründete, vor geschlossener Instruktion des Vorprozesses sich zugetragen hätten, auch vor diesem Zeitpunkte zur Kenntnis des Klägers gelangt seien, der Kläger also, der im Vorprozesse die fragliche Kompensationseinrede vorzubringen gehabt hätte, nicht mehr befugt sei, die Kompensation geltend zu machen. — Das Gericht zweiter Instanz verwarf den fraglichen Abweisungsgrund und wies die Sache zur anderweiten Entscheidung in die erste Instanz zurück. Dies Urteil wurde auf die von den Beklagten dagegen erhobene Revision bestätigt.

Aus den Gründen:

„Mit dem Appellationsrichter muß angenommen werden, daß die Rechtsnormen für die Entscheidung des vorliegenden Streitfalles im §. 226 I. 16 und in den §§. 407. 408 A.L.R. I. 11 enthalten sind. Nach der ersteren dieser Bestimmungen kann der Schuldner wegen Gegenforderungen, die ihm an seinen Gläubiger zustehen, den Betrag

seiner Schuld gerichtlich deponieren, wenn die Voraussetzungen eines Sicherheitsarrestes vorhanden sind. Die Anwendbarkeit der Bestimmung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem Gläubiger ein vollstreckbares Urteil zur Seite steht. Denn wenn auf eine judikatmäßige Forderung überhaupt ein Sicherheitsarrest ausgebracht werden darf, so kann der Natur der Sache nach auch der Schuldner wegen Forderungen, die ihm an den Gläubiger zustehen, die dem letzteren an ihn selbst zustehende Forderung mit Sicherheitsarrest belegen lassen. Die Folge eines solchen, in der gerichtlichen Deposition des Schuldbetrages sich vollziehenden Arrestes ist die, daß der Schuldbetrag deponiert bleibt, bis der vom Schuldner gegen seinen Gläubiger zum Zwecke der Feststellung der Gegenforderungen zu erhebende Prozeß seine Endschaft erreicht hat. Als endliche Folge des Arrestes und des anzustellenden Hauptprozesses ergiebt sich dann, im Falle der Prozeß zu Gunsten des Schuldners, der den Schuldbetrag deponiert hat, entschieden wird, die gegenseitige Aufrechnung der schon vorher erstrittenen Forderung und der erst nach der Deposition festgestellten Gegenforderung. Das Vorhandensein der Voraussetzungen, welche eine Kompensationseinrede in der Exekutionsinstanz unzulässig machen würden, ändert in dieser Anwendung des §. 226 nichts. Die Normen, welche die Zulassung von Einreden gegenüber einer zur Exekution stehenden Forderung an bestimmte Voraussetzungen knüpfen und dadurch verhindern sollen, daß die erlangte Vollstreckbarkeit eines Urteiles durch anderweite Mittel des Rechtes hingehalten oder illusorisch gemacht werde, sind wesentlich prozessualische. Und es ist nicht zu folgern, daß mit der Unzulässigkeit einer Kompensationseinrede in der Exekutionsinstanz auch die Kompensationsmöglichkeit unter der Voraussetzung der Anwendbarkeit des §. 226 ausgeschlossen sei. Für den Fall, daß der Zulassung der Kompensationseinrede in der Exekutionsinstanz nur der Mangel der Liquidität entgegensteht, erscheint dies als völlig klar. Es muß aber auch von dem Falle gelten, daß die Gegenforderung in dem Prozesse, durch den die zur Exekution stehende Forderung vollstreckbar geworden ist, mittels einer Kompensationseinrede geltend gemacht werden konnte. Die in der Revisionsschrift enthaltene Berufung auf die Wirkung rechtskräftiger Erkenntnisse ist verfehlt. Denn das Nichtvorbringen einer zur Elidierung der Klage geeigneten Kompensationseinrede im Prozesse läßt die Forderung, mit welcher gegen die Klageforderung hätte aufgerechnet werden können,

intakt. Diese Forderung kann nach wie vor mit allen Mitteln des Rechtes, soweit dieselben nicht positiv versagt sind, geltend gemacht werden.

Es fragt sich weiter, ob der Umstand, daß die Forderung von dem Gläubiger, an welchen der Schuldner Gegenforderungen zu haben behauptet, zur Zeit der Deposition des Forderungsbetrages an andere Personen abgetreten gewesen ist, den Eintritt der oben gedachten Rechtswirkungen der Deposition und des im Gefolge derselben anzustellenden Hauptprozesses zu hindern geeignet ist. Auch diese Frage muß zu Gunsten des Klägers beantwortet werden. Demselben stehen hierbei nämlich die §§. 407. 408 A.L.R. I. 11 zur Seite, nach denen durch die Cession eine Änderung in der Rechtslage des Schuldners, welchem alle Einwendungen und Gegenforderungen, die ihm gegen den Cedenten zugestanden haben, dem Cessionar gegenüber verbleiben, zum Nachteile des Schuldners nicht entstehen kann. Allerdings zeigt der vorliegende Streitfall die Singularität, daß derjenige, bei dem die Voraussetzungen des Sicherheitsarrestes, Unsicherheit und Überschuldung, vorhanden sind, nach den Cessionen, durch welche die gegenwärtigen Beklagten als Forderungsberechtigte sich legitimiert haben, schon zur Zeit der Deposition nicht mehr Gläubiger der Forderung, deren Betrag der Kläger deponiert hat, gewesen ist. Aber dieser Umstand bringt in der Sachlage keine Änderung zum Nachteile des Klägers hervor. Denn wenn die Vermögenslage des Cedenten von der Art ist, daß sie dem Kläger keine Aussicht bietet, in Ansehung seiner geltend gemachten Forderungen aus anderen Vermögensobjekten seines Schuldners Befriedigung zu erlangen, so muß im Hinblicke darauf, daß mit eingetretener Befriedigung der Beklagten in Ansehung der ihnen cedierten Teilforderungen für den Kläger jede Aussicht auf Befriedigung verloren geht, angenommen werden, daß die als Arrestgrund geltend gemachte Vermögenslage des Cedenten der Beklagten dem Kläger als Arrestgrund auch gegen die Beklagten als Cessionarien zur Seite steht.

Endlich kann auch der Umstand die vorliegende Rechtsverfolgung des Klägers nicht hindern, daß derselbe sich veranlaßt gesehen hat, die gegen seinen ursprünglichen Gläubiger und angeblichen Schuldner B. mit dem Antrage auf dessen Verurteilung zur Zahlung der Forderungsbeträge gerichtete Klage nach dem im Laufe des Prozesses erfolgten Tode des B. gegen die Erben desselben nicht weiter zu verfolgen. Denn wenn auch nunmehr im vorliegenden Prozesse die behaupteten For-

derungen des Klägers dem Schuldner gegenüber nicht festgestellt werden können, so steht dieser Umstand doch der Rechtsverfolgung gegen die Beklagten nicht entgegen. Diese Rechtsverfolgung ist von der gleichzeitigen Prozeßführung gegen B. nicht abhängig, ebensowenig wie ein Obsiegen des Klägers den Beklagten gegenüber von der rechtskräftigen Verurteilung des B. zur Zahlung des Betrages der bestrittenen Gegenforderung bedingt wird. Der Gläubiger kann die Feststellung seines Gläubigerrechtes auch im Prozesse gegen Dritte, die nicht seine Schuldner sind, verlangen, wenn davon rechtliche Interessen für ihn selbst abhängig sind. Den Beklagten aber ist die prozessualische Möglichkeit gegeben, ihren Cedenten, jetzt dessen Erben, durch Streitankündigung zur Teilnahme am Prozesse aufzufordern.

Aus diesen Gründen muß das Urteil zweiter Instanz bestätigt werden."

---

78. Sind die Rechtsverhältnisse einer Gewerkschaft, welche bereits vor Einführung des Allg. Berggesetzes vom 24. Juni 1865 bestanden hat, deshalb nicht nach dem Gewerkschaftsrechte dieses Allg. Berggesetzes, sondern nach gewöhnlichem Civilrechte zu beurteilen, weil in älteren Verträgen Bestimmungen getroffen worden sind, welche mit solchen Vorschriften des Allg. Berggesetzes, deren statutarische Abänderung untersagt ist, in Widerspruch stehen?

Preuß. Allg. Berggesetz vom 24. Juni 1865 §§. 94 flg. 133 (G.S. S. 705).

V. Civilsenat. Urt. v. 12. Dezember 1881 i. S. der M. S. Maschinenbau- und Hütten-Aktiengesellschaft (Kl.) w. die Gewerken v. W. u. Gen. (Bekl.) Rep. V. 107/81.

I. Landgericht Beuthen.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Steinkohlenzeche Ottilie befand sich schon vor Emanation des Allg. Berggef. vom 24. Juni 1865 im Besitz einer Gewerkschaft. Die Klägerin, die beiden Beklagten und die Stadtgemeinde B. O./S. sind

Mitgewerken. Die Klägerin behauptet, daß die Beklagten sich persönlich zur Tilgung gewisser Ansprüche verpflichtet haben, welche der Klägerin gegen die Gewerkschaft Ottilie zustehen und hat deshalb Klage erhoben. Die Beklagten stellten eine persönliche Verpflichtung in Abrede. Sie wenden ein, daß die Klägerin sich wegen §. 99 Allg. Berggef. nur an das Gewerkschaftsvermögen halten könne. Dabei bemerken sie, daß sie sich von ihrer Beitragspflicht gegenüber der Gewerkschaft dadurch befreit hätten, daß sie derselben behufs deren Befriedigung ihre Kuxe zum Verkaufe überlassen hätten. Die Klägerin hält die Anwendbarkeit des §. 99 a. a. O. für ausgeschlossen. Unstreitig haben im Jahre 1828 die damaligen Besitzer der gegenwärtig der Klägerin und den Beklagten gehörigen Kuxe sich der Stadtgemeinde B. O./S. gegenüber verpflichtet, die dieser gehörigen 31 Kuxe frei zu bauen. Die Klägerin führt aus, daß diese Verabredung mit der Vorschrift in §. 102 Allg. Berggef. (Aufbringung der Zubuße seitens der Gewerken nach Anzahl der Kuxe) im Widerspruche stehe, daß bei vertragsmäßiger Abänderung dieses an sich statutarisch nicht abänderlichen §. 102 (vgl. §. 94 Abs. 3) keine Gewerkschaft, sondern nur eine nach gewöhnlichem Civilrechte zu beurteilende Gemeinschaft bestehe, und daß deshalb die Mitglieder persönlich für die Schulden der Gewerkschaft selbst ohne ausdrückliche Verabredung verhaftet seien.

In den beiden ersten Instanzen ist die Klägerin abgewiesen worden. Das Reichsgericht hat die Nichtigkeitsbeschwerde der Klägerin zurückgewiesen.

Gründe:

„Der Appellationsrichter geht von der Annahme aus, daß das im Jahre 1830 verliehene und noch vor dem Eintritt der Gesetzeskraft des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in das Eigentum mehrerer Mitbeteiligten gelangte Steinkohlenbergwerk Ottilie der gewerkschaftlichen Verfassung des alten Rechtes unterliege (Allgem. Berggef. §§. 226. 227), daß für die Verbindlichkeiten dieser Gewerkschaft nur das Vermögen derselben hafte (§. 99), nicht aber die einzelnen Gewerken, sodaß die Klägerin an und für sich nicht berechtigt sei, sich wegen der für die Ottilienzeche gemachten Anschaffungen und baren Auslagen an die einzelnen Gewerken zu halten. Er verneint, daß dies Verhältnis dadurch geändert worden, daß nach einem im Jahre 1828 zwischen den betreffenden Gewerken getroffenen Abkommen die auf die

31 Kuxe der Stadt B. verteilte Zubuße von den Kuxen der Beklagten und von einigen der Klägerin gehörigen Kuxen aufzubringen sei. Demnächst prüft der Appellationsrichter, ob die Beklagten in den Verhandlungen vom 11. April 1876 und 4. Januar 1877 sich persönlich verpflichtet haben, die Forderungen der Klägerin zu zahlen, und verneint dies mit dem Beifügen, daß aus diesen Verhandlungen die Aufgabe des bergrechtlichen Standpunktes und die Übernahme einer an sich nicht vorhandenen persönlichen Verpflichtung nicht zu erkennen sei. Schon in den Vorinstanzen hatte die Klägerin behauptet, daß das Bergwerk Ottilie einer gewerkschaftlichen Verfassung nicht unterliege. Es wurde ausgeführt: die vertragsmäßige Vereinbarung, daß die Zubuße für die Kuxe der Stadt B. von anderen Kuxen übertragen werden müsse, stehe mit dem §. 102 des Allgem. Berggesetzes, inhalts dessen die einzelnen Gewerken die Zubuße nach Verhältnis ihrer Kuxe zu zahlen hätten, im Widerspruche. Dieser §. 102 gehöre zu denjenigen Bestimmungen des Gewerkschaftsrechtes, welche unabänderlich seien (§. 94 Abs. 3), und deshalb bestehe überhaupt keine gewerkschaftliche, sondern nur eine nach gewöhnlichem Civilrecht zu beurteilende Gemeinschaft. Damit sei auch der §. 99 ausgeschlossen, wonach für die Verbindlichkeiten der Gewerkschaft nur das Gewerkschaftsvermögen hafte. Im Anschluß an diese Ausführung beschuldigt die Nichtigkeitsbeschwerde den Appellationsrichter einer Verletzung der §§. 99. 102. 129 und 130 des Allgem. Berggesetzes. Es wird auch noch deduziert, daß das gesetzliche Verhältnis der Gewerken in Bezug auf die Verhaftung derselben für Schulden der Gewerkschaft im vorliegenden Falle wesentlich dadurch geändert sei, daß die Klägerin und die Beklagten die der Stadt B. verbliebenen 31 Kuxe mitzubauen verpflichtet sind. Von dieser ihrer Verpflichtung hätten sich die Beklagten dadurch nicht befreien können, daß sie ihre Kuxe der Gewerkschaft zur Verfügung stellten, sie müßten sich in der Lage befinden, mit ihren eigenen Kuxen auch die der Stadt B. zur Verfügung zu stellen. Werde dies im Auge behalten, so könnten die Abmachungen vom 11. April 1876 und 4. Januar 1877 sehr wohl die Auffassung begründen, daß die Beklagten sich persönlich zur anteiligen Bezahlung der Forderung der Klägerin obligiert hätten, und da der Appellationsrichter unter dem Einflusse der oben gerügten irrigen Rechtsansicht an die Interpretation der genannten beiden Verhandlungen herangetreten sei, so sei auch diese Auslegung eine rechtsirrtümliche. — Der Angriff

ist nicht gerechtfertigt. Es ist bei demselben zunächst übersehen, daß die Gewerkschaft Ottilie bereits bei Emanation des Allgem. Berggesetzes bestanden hat, und daß die gesetzlichen Vorschriften für die alten Gewerkschaften in vielen Beziehungen von denen abweichen, welche im Allgem. Berggesetze für die neuen Gewerkschaften gegeben sind.

Das Allgem. Berggesetz überläßt es den Mitbeteiligten an einem Bergwerke, welches gesellschaftliche Verhältnis sie unter einander feststellen wollen. Jede nach den allgemeinen Gesetzen zulässige Gesellschaftsform ist statthaft.

Mot. zur Regierungsvorlage. Drucksachen des Herrenhauses 1865 Nr. 6 S. 17. 72. — Bericht der Kommission des Herrenhauses a. a. O. Nr. 36 S. 33. 49.

Die Vorschriften in den §§. 94—132 über die Gewerkschaften sind nur subsidiäre. Der §. 133 Abs. 1 des Allgem. Berggef. verordnet:

„Die Bestimmungen der §§. 94—132 kommen nicht zur Anwendung, wenn die Rechtsverhältnisse der Mitbeteiligten eines Bergwerkes durch Vertrag oder sonstige Willenserklärungen anderweitig geregelt sind. Ein solches Rechtsgeschäft bedarf zu seiner Gültigkeit der notariellen oder gerichtlichen Form. Die Urkunde über dasselbe ist der Bergbehörde einzureichen."

Nur in Ermangelung einer solchen besonderen Vereinbarung entsteht kraft des Gesetzes, sobald ein Bergwerk in das Eigentum von zwei oder mehreren Personen gelangt, das in den §§. 94—132 geregelte gewerkschaftliche Rechtsverhältnis. Auch dieses ist noch in gewissen Beziehungen durch den Willen der Mitbeteiligten abänderlich. Der §. 94 Allgem. Berggef. lautet:

„Zwei oder mehrere Mitbeteiligte eines Bergwerkes bilden eine Gewerkschaft.

Die Gewerkschaft kann ihre besondere Verfassung durch ein notariell oder gerichtlich zu errichtendes Statut regeln, welches der Zustimmung von wenigstens drei Vierteilen aller Anteile und der Zustimmung des Oberbergamtes bedarf.

Die Bestimmungen der §§. 95—110. 114 Abs. 2 und 123—128 dürfen durch das Statut nicht abgeändert werden."

Hieraus ergiebt sich, daß, wenn die Mitbeteiligten eines Bergwerkes in Ausübung der im §. 133 ihnen gewährten Freiheit vertragsmäßige

Bestimmungen treffen, welche mit solchen gewerkschaftlichen Vorschriften des Allgem. Berggesetzes im Widerspruche stehen, die unabänderlich sind, unter ihnen überhaupt ein gewerkschaftliches Verhältnis mit den Wirkungen der §§. 94—132 nicht entstehen kann. Alsdann ist das von ihnen getroffene Abkommen lediglich nach den allgemein geltenden civilrechtlichen Vorschriften zu beurteilen. Die §§. 94—132 sind auch nicht ergänzend anzuwenden, und es kommen die in ihnen enthaltenen, vom Civilrechte abweichenden Bestimmungen nur soweit in Anwendung, als sie in den Vertrag als Bestandteile desselben aufgenommen worden sind.

In Anerkennung dieser Grundsätze hat das preußische Obertribunal (3. Senat) in dem von der Klägerin allegierten Erkenntnisse vom 7. Januar 1874 (Entsch. Bd. 71 S. 256 flg.) für eine unter der Herrschaft des Allgem. Berggesetzes an einem Steinkohlenbergwerke entstandene Mitbeteiligung angenommen, daß ein gewerkschaftliches Verhältnis nicht bestehe, weil in dem von den beiden Mitbeteiligten geschlossenen notariellen Vertrage sich der eine (Besitzer von 75 Kuxen) zur Tragung aller Beiträge behufs Erfüllung der Schuldverbindlichkeiten der Gewerkschaft und behufs des Betriebes und zu allen Lasten verpflichtet hatte, während dem anderen Mitbeteiligten (Besitzer von 25 Kuxen) Befreiung von jeder Zubuße zugesichert war.

Auf gleichem Grunde beruht das Erkenntnis des Reichsoberhandelsgerichtes (1. Senat) vom 6. April 1877 (Deutsche Jurist. Ztg. 1877 S. 377), welches sich auf ein erst nach Emanation des Allgem. Berggesetzes verliehenes Bergwerk bezieht. Hier ist ausgeführt, daß eine Gewerkschaft nicht zustande kommt, wenn der Alleineigentümer eines Bergwerkes an einen anderen Kuxe veräußert, die gegen die Regel des §. 101 Abs. 1 des Allgem. Berggesetzes auf einer Einteilung des Bergwerkes in 1000 Teile und nicht in 100 Teile beruhen. Es wird für diesen Fall eine förmliche und rechtsgültige (statutarische) Konstituierung (§. 101 Abs. 2) verlangt.

Übereinstimmend nimmt Klostermann im Lehrbuche des preußischen Bergrechtes S. 229 an, daß durch die vertragsmäßige Abänderung einer derjenigen Bestimmungen, die durch das Statut nicht abgeändert werden dürfen, die Gewerkschaft aufhört, eine Gewerkschaft im Sinne des Allgemeinen Berggesetzes zu sein.

Wenn es sich also im vorliegenden Falle um eine erst unter dem Allgem. Berggesetze entstandene Mitbeteiligung handelte, so würde den

Appellationsrichter allerdings der Vorwurf treffen, daß er zu Unrecht dieselbe als eine Gewerkschaft betrachtet und den §. 99 des Gewerkschaftsrechtes für maßgebend angesehen hat. Die Gewerkschaft Ottilie hat aber bereits vor Eintritt der Gesetzeskraft des Allgem. Berggesetzes bestanden, und es enthalten die für die alten Gewerkschaften geltenden Gesetze keine Bestimmung, nach welcher die gewerkschaftlichen Rechtsnormen in ihrem ganzen Umfange in dem Falle ausgeschlossen bleiben sollen, in welchem unter den Mitbeteiligten ein Vertrag besteht, bei dem einzelne Abreden mit solchen gewerkschaftlichen Vorschriften im Widerspruche sich befinden, welche nach dem Allgem. Berggesetze §. 94 Abs. 3 statutarisch nicht abgeändert werden dürfen. Im Gegenteil gelten bei den alten Gewerkschaften die gewerkschaftlichen Rechtsnormen des Allgem. Berggesetzes (soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind) nebenher und ergänzend neben der vertragsmäßigen Abrede.

Schon das preuß. Allgem. Landrecht bestimmte II. 16. §. 268 als Eingang zu den folgenden gewerkschaftlichen Regeln:

> Die Verhältnisse der Gesamteigentümer unter sich sind nach dem unter ihnen bestehenden Vertrage, und in dessen Ermangelung nach den allgemeinen Grundsätzen des ersten Teiles Titel 17 zu beurteilen.

Der §. 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 über die Verhältnisse der Miteigentümer eines Bergwerkes (G.S. S. 265) verordnet:

> Die Verhältnisse der Miteigentümer eines Bergwerkes (der Gewerken) unter sich sind nach dem unter ihnen bestehenden Vertrag, insoweit es an vertragsmäßigen Verabredungen fehlt, nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes und, soweit diese nicht ausreichen, nach den allgemeinen Gesetzen zu beurteilen.

Die §§. 226 und 227 des Allgem. Berggesetzes lauten:

> §. 226. Die Rechtsverhältnisse der bei dem Eintritte der Gesetzeskraft des gegenwärtigen Gesetzes in den rechtsrheinischen Landesteilen bestehenden Gewerkschaften sind, soweit es an vertragsmäßigen Verabredungen fehlt und nicht in den nachfolgenden §§. 227 bis 239 etwas anderes bestimmt ist, nach den Vorschriften des vierten Titels zu beurteilen.
>
> §. 227. Die §§. 94 bis 98. 101. 103. 105. 106. 108. 109 und 110 finden auf die bestehenden Bergwerke keine Anwendung.

Es sollen also die nicht ausdrücklich ausgeschlossenen Vorschriften des

Titels 4 zur Anwendung kommen, „soweit es an vertragsmäßigen Verabredungen fehlt". Nun läßt sich nicht behaupten, daß die unter den Gewerken der Zeche Ottilie bestehende Vereinbarung, wonach die 31 Kuxe der Stadt B. von den Beklagten und gewissen anderen Kuxen freigebaut werden müssen, unvereinbar mit dem auch für die alten Gewerkschaften geltenden §. 99 sei, nach welchem für die Verpflichtungen der Gewerkschaft nur deren Vermögen verhaftet ist. Die durch die erwähnte Vereinbarung abweichend von §. 102 normierte Beitragspflicht der einzelnen Gewerken zu den Verpflichtungen und zum Betriebe des Bergwerkes hat nichts gemein mit den Beziehungen zwischen der Gewerkschaft und den Gläubigern derselben und mit dem Satze (§. 99), daß den Gläubigern der Gewerkschaft lediglich deren Vermögen haftet.

Der §. 94 des Allgem. Berggesetzes, insbesondere der Absatz 3, welcher feststellt, daß gewisse Vorschriften des Gewerkschaftsrechtes einer statutarischen Abänderung nicht unterliegen, gilt für die alten Gewerkschaften nicht (§. 227). Eine vor Einführung des Allgem. Berggesetzes bereits bestehende Gewerkschaft hört nicht deshalb auf, eine Gewerkschaft zu sein, weil ihre alte Verfassung Bestimmungen enthält, die mit solchen Anordnungen des Titel IV des Allgem. Berggesetzes im Widerspruche stehen, welche nach §. 94 Absatz 3 durch die Statuten nicht abgeändert werden dürfen.[1]

Für vorstehende Ausführung sprechen die Motive zur Regierungsvorlage §. 226 a. a. O. S. 125. Es heißt daselbst:

„Da die im vierten Titel vorgeschlagene Organisation der Gewerkschaft sich unmittelbar an die seitherige Verfassung derselben und namentlich an das Gesetz vom 12. Mai 1851 anlehnt und nur den Zweck hat, die gewerkschaftlichen Rechtsverhältnisse auf der vorhandenen Grundlage konsequenter durchzubilden und zu entwickeln, so erscheint es ebenso ausführbar wie zweckmäßig, den vierten Titel auch auf die in den rechtsrheinischen Landesteilen bereits bestehenden Gewerkschaften auszudehnen. Es bedarf nur gewisser Modifikationen, welche sich aus der Personifizierung der Gewerkschaft und der veränderten Natur der Kuxe ergeben. Denn in dieser Beziehung darf,

[1] Die Frage, ob den alten Gewerkschaften nach Einführung des Allg. Berggesetzes das Recht der statutarischen Autonomie entzogen ist, wird gegenwärtig nicht berührt. Klostermann, Lehrb. des preuß. Bergrechts S. 226. D. E.

wie schon in den einleitenden Bemerkungen ausgeführt worden, ein Zwang zur Annahme der neuen Gewerkschaftsform gegen die bestehenden Gewerkschaften nicht ausgeübt werden.

Im übrigen können aber die Vorschriften des vierten Titels, gleichviel, ob sie unverändert das seitherige Recht oder zeitgemäße Verbesserungen desselben enthalten, namentlich die Vorschriften über die Beschlußfassung und Repräsentation der Gewerkschaften (§§. 111 bis 128), über die Einziehung der Beiträge (§§. 129 bis 131) und über den Verzicht auf Anteile (§. 132), sowie die allgemeinen Grundsätze der §§. 133 bis 134, ohne jedes rechtliche und praktische Bedenken auch auf die bestehenden Gewerkschaften Anwendung finden.

Dasselbe gilt von den Vorschriften der §§. 99. 100. 102. 104 und 107, denn auch die hierin enthaltenen Grundsätze beruhen, wie beim vierten Titel des näheren ausgeführt ist, teils auf herrschenden Rechtsanschauungen, teils auf positiven Festsetzungen des bestehenden Rechtes und greifen deshalb durchaus nicht störend in den gegenwärtigen Rechtszustand ein.

Wird in dieser Weise die Wirksamkeit des vierten Titels erweitert so erlangen nicht nur die Gewerkschaften, welche das Berggesetz in sehr großer Zahl vorfindet, die Vorteile der verbesserten gewerkschaftlichen Verfassung, sondern es wird dem dringenden Bedürfnisse nach einfachen und übersichtlichen Rechtsnormen auch in diesem besonders wichtigen Teile des Bergrechtes genügt."

Herrenhaus und Abgeordnetenhaus haben die §§. 226 und 227 ohne Erinnerung und mit einer bloßen Fassungsänderung im §. 226 (das Wort „Bestimmungen" des vierten Titels in der Regierungsvorlage ist durch „Vorschriften" ersetzt) angenommen.

Kommissionsbericht des Herrenhauses S. 70 und Zusammenstellung S. 94. 95; Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses S. 103.

Will man nach einem Grunde dafür suchen, weshalb die Gesetzgebung für die neu sich bildenden Gewerkschaften gewisse gesetzliche Bestimmungen unbedingt für unabänderlich erklärt hat (§. 94 Absatz 3), widrigenfalls kein gewerkschaftliches Verhältnis entsteht, während die alten Gewerkschaften die Gewerkschaftseigenschaft nicht verlieren, wenngleich in ihren alten Statuten Anordnungen enthalten sind, die unabänderlichen Bestimmungen (§. 94 Absatz 3) widerstreiten, so dürfte

dieser Grund darin zu finden sein, daß man gehofft und gewünscht hat, die alten Gewerkschaften würden bald und in umfassendem Maße von der Befugnis Gebrauch machen, sich in Gewerkschaften des neuen Rechtes umzuwandeln (§. 235. — Gesetz vom 9. April 1873. G.S. S. 181), und daß man bis dahin an ihren alten Verfassungen nichts hat ändern, wohl aber ihnen die Vorteile der neuen Gesetzgebung möglichst hat zuwenden wollen.

Vgl. auch Regierungsmotive zu §. 235 S. 17.

Im vorliegenden Falle hat also dem Appellationsrichter keine rechtsirrtümliche Ansicht über die Anwendbarkeit des §. 99 beigewohnt, und er kann hierdurch nicht zu einer rechtsirrtümlichen Interpretation der Abkommen vom 11. April 1876 und 4. Januar 1877 veranlaßt worden sein.

Die Nichtigkeitsbeschwerde greift diese Interpretation auch noch deshalb als rechtsirrtümlich an, weil der Appellationsrichter nicht erwogen habe, daß die Beklagten nicht bloß ihre eigenen, sondern auch die von ihnen frei zu bauenden Kuxe der Stadt B. der Gewerkschaft hätten zur Disposition stellen müssen, um sich in Ausübung der Befugnisse in §§. 129. 130 Allgem. Berggef. von ihrer Zubußeverpflichtung der Gewerkschaft gegenüber zu befreien. Es ist nicht ersichtlich, daß der Appellationsrichter bei der Auslegung der mehr erwähnten Verhandlungen auf diese Befugnis der Gewerken (§§. 129. 130) irgend welche Rücksicht genommen hat. Er war auch nicht verpflichtet, bei Prüfung der Frage, ob die Beklagten den Gewerkschaftsgläubigern persönlich verhaftet sind, zu erwägen, ob die Beklagten den §§. 129 und 130 genügt haben, denn für das Verhältnis des Gewerken zu den Gewerkschaftsgläubigern ist es ganz gleichgültig, wie der Gewerke seine Beziehungen zur Gewerkschaft reguliert, und es ist für die Entscheidung einflußlos, wie der Appellationsrichter die genannten Paragraphen aufgefaßt hat."

---

79. Schließen die Vorschriften A.L.R. I. 11. §§. 532. 533 die Anfechtbarkeit des Vertrages auf Grund A.L.R. I. 4. §. 75 aus, wenn es zur Zeit des Vertragsschlusses beiden Teilen unbekannt gewesen, daß das als Hoffnung Verkaufte schon vorhanden war?

I. Hilfssenat. Urt. v. 5. Januar 1882 i. S. N. (Bekl.) w. T. (Kl.) Rep. IVa. 413/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Appellationsrichter hat die von dem Beklagten eingewendete Thatsache, daß das streitige Lotterie-Los schon am 7. Mai 1879, also vor dem Abschlusse des Vertrages zwischen den Parteien, mit einem Gewinne gezogen war, für unerheblich erachtet, weil nach den Grundsätzen über gewagte Geschäfte — A.L.R. I. 11. §§. 532 flg. — im Falle, daß das als Hoffnung Verkaufte schon vorhanden gewesen, der Rücktritt vom Vertrage wegen Nichtwissens dieser Thatsache nur alsdann nachgelassen sei, wenn dem anderen Teile die Wissenschaft beigewohnt habe, hier aber durch den vom Kläger geleisteten Eid die Behauptung des Beklagten, daß Kläger bei Eingehung der Gemeinschaft von der bereits erfolgten Ziehung des Loses Kenntnis gehabt habe, widerlegt worden.

Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung der Bedeutung der allegierten Gesetzesvorschriften. Allerdings treffen die §§. 532. 533 a. a. O. nur für den Fall Bestimmung, daß zur Zeit des Vertragsschlusses beiden Teilen oder wenigstens einem Teile die Realisierung der Hoffnung bekannt gewesen war, wogegen der hier vorliegende Fall, daß beide Teile sich bezüglich dieser Thatsache in Unkenntnis befunden haben, dort nicht normiert ist. Es erscheint aber der Schluß, das Gesetz wolle im letzteren Falle, weil es wegen desselben nicht ausdrücklich disponiere, den Rücktritt vom Vertrage unbedingt ausgeschlossen wissen, unrichtig; vielmehr ist in Ermangelung einer Spezialvorschrift dieser Fall nach den für Willenserklärungen im allgemeinen gegebenen Vorschriften zu entscheiden. Nach letzteren — A.L.R. I. 4. §. 75 — begründet aber ein Irrtum im Hauptgegenstande der Willenserklärung die Ungültigkeit derselben.

Die Parteien sind eine Spielgemeinschaft eingegangen; Beklagter hat dem Kläger gewisse Anrechte an dem von ihm bereits erworbenen Anteile eines Loses der 95. Kgl. sächsischen Landeslotterie, somit die Chance auf einen Gewinn übertragen. Beide Teile haben

bei dem Vertragsschlusse angenommen, daß das Los noch nicht gezogen war. Letzteres hat der Appellationsrichter festgestellt, zum mindesten bei seiner Entscheidung als möglich vorausgesetzt; denn er führt aus: aus der Vereinbarung zwischen den Parteien, wie sie nach der Behauptung des Beklagten stattgefunden, ergebe sich, „daß beide Teile eine Ziehung des Loses am 7. Mai 1879 in Erwägung gezogen und irrtümlich angenommen, eine solche könne (des Bußtages wegen) nicht stattgehabt haben." Parteien haben sonach über die Hoffnung eines künftigen noch ungewissen Vorteiles pazisziert; diese Hoffnung war Gegenstand des Vertrages; sie wollte der Beklagte dem Kläger übertragen, und lediglich die Hoffnung wollte der Kläger erwerben. Wenn nun aber das Los schon vor dem Vertragsschlusse mit einem Gewinne gezogen war, so bestand zur Zeit der Vereinbarung die bloße Hoffnung auf einen künftigen, noch ungewissen Vorteil nicht mehr, vielmehr hatte der Beklagte als Inhaber des Losanteiles das Recht auf einen gewissen Vorteil bereits erworben; haben Parteien dessenungeachtet in der Meinung, daß jene Hoffnung noch bestehe, und in der Voraussetzung, daß das Gegenteil ausgeschlossen sei, ausdrücklich über den künftigen noch ungewissen Vorteil kontrahiert, so haben sie sich hinsichtlich des Vertragsgegenstandes in einem Irrtum befunden, und deshalb unterliegt der Vertrag nach der oben allegierten Gesetzesvorschrift der Aufhebung. — Die Sache verhält sich hier nicht anders, als beim gewöhnlichen Sachkaufe, für welchen das A.L.R. I. 11. §. 39 verordnet:

> War der Gegenstand des Kaufes schon zur Zeit des geschlossenen Vertrages nicht mehr vorhanden, und dieses beiden Teilen noch unbekannt, so ist der Kauf für nicht geschlossen zu achten.

Diesen Annahmen stehen auch die §§. 532. 533 a. a. O. nicht entgegen. Der §. 532 behandelt den Fall, daß beide Teile zur Zeit der geschlossenen Verabredung die Realisierung der Hoffnung schon gekannt haben, und schreibt vor, daß alsdann der Vertrag bestehen bleibe, aber nach den Grundsätzen des Kaufes oder Tausches zu beurteilen sei. Dies entspricht der Sachlage; denn bei der Kenntnis beider Teile von der schon geschehenen Realisierung der Hoffnung kann von einem Irrtume über den Vertragsgegenstand überhaupt nicht die Rede sein; vielmehr ist dann als der beiderseitige Vertragswille anzunehmen: der von dem Veräußerer schon erworbene gewisse Vorteil solle Gegen-

stand der Vereinbarung sein. Der §. 533 erklärt dagegen, wenn die Verwirklichung der Hoffnung nur einem Teile bekannt war, den andern Teil, dem davon keine Anzeige gemacht worden, zum Rücktritte vom Vertrage für befugt. Dieser Vorschrift liegt — abgesehen von dem Umstande, daß bei gewagten Geschäften jeder Teil dem anderen zu Treu und Glauben in einem erhöhteren Maße verpflichtet ist (A.L.R. I. 11. §. 239; II. 8. §. 2024) — gleichfalls die Anwendung des §. 75 I. 4 wegen des Irrtumes im Hauptgegenstande des Vertrages zu Grunde.

Wenn der Appellationsrichter meint, der Einwand des Beklagten wäre nur dann erheblich, wenn Parteien übereingekommen wären, daß der Kläger an einem schon vor Abschluß der Spielgemeinschaft auf das Los gefallenen Gewinn keinen Anteil haben sollte, so ist diese Annahme unbegründet. Allerdings ist der Vertragswille entscheidend, und die Aufrufung des Vertrages wegen Irrtumes wäre ausgeschlossen, wenn nach der Intention der Parteien die Gemeinschaft auch für den Fall eingegangen wäre, daß die Ziehung des Loses bereits stattgefunden. In diesem Falle hätte das Wagnis darin bestanden, daß den Parteien der Eintritt des entscheidenden Ereignisses und der Umfang des etwaigen Gewinnes unbekannt gewesen war. Daß aber jene Intention der Parteien beigewohnt hat, kann nach Lage der Sache nicht ohne weiteres angenommen werden und ist vom Appellationsrichter nicht festgestellt, und da es für die gegenwärtige Entscheidung an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift fehlt (vgl. andererseits Art. 789 Abs. 1 H.G.B.), so hätte es, um den Einwand zu beseitigen, jener Feststellung bedurft und nicht im Gegenteile der Nachweis erfordert werden sollen, Parteien seien übereingekommen, den Kläger von der Teilnahme an einem bereits entfallenen Gewinne auszuschließen." ...

---

80. Bedarf es zur Wahrung des dinglichen Rechtes solcher in Gemäßheit des Gesetzes vom 2. März 1850 (G.S. S. 112) an die Rentenbanken abgetretenen Renten, welche an die Stelle eingetragen gewesener Reallasten getreten sind, der im §. 2 a. a. O. angeordneten Eintragung eines Vermerkes der Rentenpflichtigkeit des betr. Grundstückes?

II. Hilfssenat. Urt. v. 5. Januar 1882 i. S. Br. (Kl.) w. Rentenbank der Provinz Brandenburg (Bekl.). Rep. Va. 270/81.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger, von welchem die beklagte Rentenbank eine für sie auf dessen Grundstück ruhende Amortisationsrente eingezogen hatte, ist mit dem Antrage klagbar geworden, die Rentenbank zur Erhebung der gedachten Rente von ihm für nicht berechtigt zu erachten, weil die Geldabgabe, an deren Stelle infolge Ablösung die Amortisationsrente getreten sei, auf einem privatrechtlichen Titel beruht habe, der bei deren Löschung dem §. 18 des Gesetzes vom 2. März 1850 gemäß eingetragene Vermerk über die Rentenpflichtigkeit des Grundstückes aber zu der Zeit, als er dasselbe erwarb, bereits wieder — wenn auch zu Unrecht — gelöscht gewesen sei.

Der erste Richter erkannte aus diesem Grunde nach dem Klagantrage, der Appellationsrichter wies dagegen den Kläger ab. Auf dessen Revision hat das Reichsgericht das zweite Urteil bestätigt, aus folgenden

Gründen:

. . . „Der Ansicht des Appellationsrichters, daß nach §. 18 des Rentenbankgesetzes vom 2. März 1850 die Dinglichkeit der Amortisationsrente von deren Eintragung nicht abhängig sei — einer auch vom preußischen Obertribunal schon in einem Erkenntnis vom 18. Januar 1876 (Striethorst, Archiv Bd. 95 S. 151) ohne nähere Begründung ausgesprochenen Ansicht — ist unbedenklich beizutreten. Der Umstand, daß es eine auf privatrechtlichem Titel beruhende und daher der Eintragung bedürftig gewesene, thatsächlich auch eingetragene Last war, an deren Stelle die hier fragliche Amortisationsrente getreten ist, steht nicht entgegen. Denn das Rentenbankgesetz hat — ohne hinsichtlich der in Amortisationsrenten umgewandelten Reallasten, je nachdem diese auf privatrechtlichem Titel beruhen oder in die Kategorie der öffentlichen, gemeinen Lasten gehören, oder je nachdem sie eingetragen oder nicht eingetragen sind, zu unterscheiden — im ersten Absatze seines §. 18 ganz allgemein verordnet, daß die an die Rentenbank abgetretenen Renten bei Konkurrenz mit anderen Verpflichtungen des belasteten Grundstückes dasselbe Vorzugsrecht genießen sollen, welches die Gesetze den

Staatssteuern beilegen, und daß sie der Eintragung in das Hypothekenbuch *nicht* bedürfen, das verpflichtete Grundstück jedoch („jedoch", also: auch *ohne* Eintragung der Rente) für die Dauer der Amortisationsperiode der Rentenbank verhaftet bleibt. Es ist dies eine ganz allgemeine Bestimmung, welche mithin für *alle* Rentenbankrenten ohne Ausnahme gilt, also auch die an die Stelle privatrechtlicher und eingetragener Reallasten getretenen mit umfaßt. Daß sie auf diese letzteren sich, nach der Absicht des Gesetzgebers, miterstrecken soll, wird durch die — schon vom Appellationsrichter angezogenen — Motive zum §. 18 außer Zweifel gestellt (s. dieselben in Lette und v. Rönne, die Landeskulturgesetzgebung des preußischen Staates Bd. II Abt. II S. 538—539). Wenn daher der citierte §. 18 in seinem zweiten Absatze sagt:

> „Diejenigen eingetragenen Reallasten, an deren Stelle die Renten getreten sind, werden im Hypothekenbuche kostenfrei gelöscht; dagegen wird in diesem Falle kostenfrei im Hypothekenbuche vermerkt, daß das Grundstück der Rentenbank rentenpflichtig ist",

so kann die hier getroffene Anordnung einer Eintragung des Vermerkes der Rentenpflichtigkeit, soll sie nicht mit der Bestimmung im ersten Absatze, nach welcher es zur Erhaltung der Dinglichkeit des Rentenrechtes einer Eintragung der Renten *nicht* bedarf, rücksichtlich solcher Renten, welche an die Stelle eingetragen gewesener Reallasten getreten sind, in offenbaren Widerspruch treten oder dieselbe geradezu wieder aufheben, unmöglich *die* Bedeutung haben, als solle die Eintragung des Rentenpflichtigkeitsvermerkes eine für die Erhaltung der Dinglichkeit wesentliche Maßregel sein, dergestalt daß, falls sie unterbleibe, die Rentenbank das dingliche Recht auf die Rente dritten Besitzern des verpflichteten Grundstückes gegenüber nicht mehr geltend machen könne. Denn ein Grund, der den Gesetzgeber etwa veranlaßt haben könnte, zwischen einer Eintragung der Rente selbst und einer Eintragung des bloßen Vermerkes der Rentenpflichtigkeit zu unterscheiden und zur Erhaltung der dinglichen Wirksamkeit von Renten, die an Stelle eingetragen gewesener Reallasten getreten sind, zwar nicht die erstere Eintragung, wohl aber die letztere für erforderlich zu erachten, ist nirgend zu finden. Demnach bleibt keine andere Annahme übrig, als daß mit der die Eintragung des Rentenpflichtigkeitsvermerkes anordnenden Bestimmung der Gesetzgeber lediglich eine Instruktion hat erteilen wollen: eine Anweisung für den Grundbuchrichter, deren Nichtbefolgung indes

keinerlei materielle Rechtsnachteile für die berechtigte Rentenbank nach sich ziehen soll.

Hieraus ergiebt sich für den vorliegenden Fall, daß zur Sicherung des dinglichen Rechtes der beklagten Rentenbank auf die in Rede stehende Amortisationsrente die im Jahre 1854 geschehene Eintragung des Rentenpflichtigkeitsvermerkes nicht erforderlich war, und daß folglich die Fortdauer der Wirksamkeit dieses Rechtes gegen jeden Besitzer der mit der Rente belasteten Grundstücke durch die im Jahre 1860 infolge Versehens des Grundbuchrichters bewirkte Löschung jenes Vermerkes auch nicht hat beeinflußt werden können.

An dieser Rechtslage für die Beklagte hat auch die neue Grundbuchgesetzgebung des Jahres 1872 nichts geändert; §. 12 des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 hat vielmehr (in seinem Abs. 3) betreffs der Frage, inwieweit die den Rentenbanken überwiesenen Renten der Eintragung bedürfen, es bei den diesbezüglichen Bestimmungen des Rentenbankgesetzes vom 2. März 1850 ausdrücklich belassen. Auch nach *neuem* Rechte also bedurfte es keiner Eintragung zu dem Zwecke, die Dinglichkeit der Rente zu wahren." . . .

---

81. 1. Treten die für Städte und ländliche Ortschaften angeordneten Bebauungspläne schon mit der behördlichen Feststellung oder erst mit der amtlichen Veröffentlichung in Wirksamkeit?

2. Sind unter den im §. 13 des Gesetzes, betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften, vom 2. Juli 1875 benannten „neuen Fluchtlinien" nur die auf Grund dieses Gesetzes vorgeschriebenen Fluchtlinien zu verstehen oder auch die bereits früher durch ältere Bebauungspläne festgestellten?

Gesetz v. 2. Juli 1875 §. 13 (G.S. S. 561).
A.L.R. I. 8. §§. 66 flg.

V. Civilsenat. Urt. v. 14. Januar 1882 i. S. L. (Kl.) w. Stadtgemeinde Charlottenburg (Bekl.). Rep. V. 733/81.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Dem Kläger wurde im Jahre 1877 von den Verwaltungsbehörden die Erlaubnis zur Errichtung von Gebäuden auf seinem zu Charlottenburg gelegenen Grundstücke versagt, weil der als Baustelle in Aussicht genommene Teil dieses Grundstückes bereits in dem Bebauungsplane für Charlottenburg vom 26. Juli 1862 zu einem öffentlichen Platze bestimmt worden war. Dieser Bebauungsplan ist nicht veröffentlicht worden. Kläger will bei der Erwerbung des Grundstückes im Jahre 1871 von demselben keine Kenntnis gehabt haben. Er verlangt jetzt von der Stadtgemeinde Charlottenburg Entschädigung. Vom Landgericht II zu Berlin ist er abgewiesen worden. Dagegen hat das Kammergericht die Beklagte verurteilt, den Kläger für die Versagung des Baukonsenses zu entschädigen und die Ermittelung dieser Entschädigung einem besonderen Verfahren vorbehalten. Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen.

Gründe:

„Der Bebauungsplan für die Stadt Charlottenburg, welcher die Baubeschränkungen für das Grundstück des Klägers enthält, ist im Jahre 1862 festgestellt worden. Erst nachher hat der Kläger angeblich im Jahre 1871 das Grundstück erworben. Hieraus entnimmt die Beklagte und Revisionsklägerin den Einwand, daß der Kläger jedenfalls nicht der Beschädigte sei, weil die angebliche Wertsverminderung des Grundstückes schon vorher eingetreten sei und Kläger also das Grundstück mit der Belastung überkommen habe. Der Einwand ist nicht begründet. Der Bebauungsplan vom Jahre 1862 ist nach der Feststellung des Berufungsrichters nicht veröffentlicht worden. Über den Begriff und den Zweck eines solchen Bebauungsplanes äußern sich die Motive zum Gesetze vom 2. Juli 1875 (Anlage zu den stenograph. Bericht. über die Verhandl. des Hauf. der Abgeordn. [Session von 1875] Bd. 1, Aktenst. Nr. 23, S. 291), wie folgt:

Ein Bebauungsplan ist — — — nichts anderes als die Feststellung von Fluchtlinien im voraus nach einem einheitlichen Plane, welcher die Richtung der Straßen, die Anlegung öffentlicher Plätze u. s. w. in Obacht nimmt; er giebt nichts anderes, als eine geordnete Gruppierung derjenigen Linien, welche bei der Bebauung der einzelnen Grundstücke in dem von dem Plane umfaßten Gebiete von der Polizeibehörde auch dann, wenn ein solcher Bebauungsplan nicht vorhanden wäre, in den speziellen Baufällen anzuweisen sein würden. Die Aufstellung

eines Bebauungsplanes, welche als ein wirkliches Bedürfniß für diejenigen Ortschaften, die in lebhafter Entwickelung begriffen sind, und in denen eine rege Bauthätigkeit bereits hervorgetreten oder doch mit Sicherheit zu erwarten ist, angesehen werden muß, entspricht und dient in gleicher Weise den Interessen der Privatgrundeigentümer, wie den allgemeinen Bedürfnissen des Gemeinwesens. Sie hat den Zweck, einmal die Grundeigentümer und das bauende Publikum von vornherein mit den Anforderungen bekannt zu machen, welche aus polizeilichen Rücksichten bezüglich der Baulinien gestellt werden müssen, und sodann diejenigen Verhandlungen und Weiterungen zu ersparen, welche in Ermangelung eines Bebauungsplanes bei Ermittelung der polizeilich vorzuschreibenden Baufluchtlinien in den einzelnen Fällen notwendig sein würden.

Aus dem hier angegebenen Zwecke eines solchen Bebauungsplanes ist ersichtlich, daß er amtlich veröffentlicht werden muß, weil erst mit seiner Veröffentlichung für die Beteiligten erkennbar wird, daß derselbe den maßgebenden Willen der zuständigen Verwaltungsbehörden enthält. Der veröffentlichte Bebauungsplan bewirkt sofort die Belastung der betroffenen Grundstücke mit der Servitut des öffentlichen Rechtes. Bei unterlassener Veröffentlichung tritt die Eigentumsbeschränkung und die damit verbundene Wertsverminderung des Grundstückes erst in dem Augenblicke ein, in welchem die zuständige Behörde eine Bauerlaubnis versagt und damit die bis dahin als innere Angelegenheit behandelte Anordnung zur Kenntnis der Beteiligten bringt. Der Berufungsrichter leitet die Notwendigkeit einer Publikation daraus her, daß der Bebauungsplan einer Polizeiverordnung gleich stehe. Er befindet sich damit in Widerspruch mit der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichtes vom 6. Februar 1879 (Entsch. Bd. 5 S. 381).

Vergl. auch Erk. des preuß. Ob.-Trib. vom 1. Juli 1869, Strieth., Arch. Bd. 75 S. 217; Erk. desselben Gerichtshofes vom 21. Febr. 1877, Entsch. Bd. 79 S. 363.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ausführung des Berufungsrichters die zutreffende ist. Auch wenn ein Bebauungsplan nur als polizeiliche Anordnung aufgefaßt wird, kann er nicht eher Wirkung äußern, bevor nicht die zuständige Behörde denselben veröffentlicht und damit als ihren Willen zur Kenntnis der Beteiligten gebracht hat. Daß dies im vorliegenden Falle nicht geschehen ist, hat der Berufungs-

richter thatsächlich festgestellt. Die Beschädigung ist also erst mit der dem Kläger versagten Bauerlaubnis eingetreten und er, nicht sein Vorbesitzer, ist zur Erhebung des Schadensanspruches befugt.

Dieser Anspruch ist auch an sich begründet. Aus den Vorschriften A.L.R.'s Einleit. §§. 74. 75; I. 8. §§. 29 flg., aus dem Gesetze vom 11. Mai 1842 §. 4 (G.S. S. 192) und aus Art. 9 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 ergiebt sich, daß derjenige, welcher seine besonderen wohlerworbenen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, von dem, in dessen Interesse diese Aufopferung geschieht, Entschädigung zu fordern berechtigt ist, und das preuß. Obertribunal hat in Anwendung dieses Grundsatzes in wiederholten Entscheidungen die Stadtgemeinden zur Entschädigung der Eigentümer städtischer Grundstücke für verpflichtet erklärt, denen Baubeschränkungen auferlegt worden waren.

Vgl. die Erk. vom 27. Februar 1865, vom 31. Mai 1866, vom 10. Juli 1877 (Entsch. Bd. 53 S. 35, Bd. 56 S. 21, Bd. 80 S. 34) und vom 29. November 1877 (Striethorst, Archiv Bd. 99 S. 255).

Die Revisionsklägerin erachtet den Entschädigungsanspruch durch den §. 13 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 für ausgeschlossen. Im Eingange dieses Paragraphen wird bestimmt:

> Eine Entschädigung kann wegen der nach den Bestimmungen des §. 12 eintretenden Beschränkung der Baufreiheit überhaupt nicht, und wegen Entziehung oder Beschränkung des von der Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigentumes nur in folgenden Fällen gefordert werden —

und es werden demnächst nur drei Fälle als zur Entschädigung berechtigend aufgeführt, deren thatsächliche Voraussetzungen gegenwärtig nicht festgestellt sind. Es ist dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß der hier gebrauchte Ausdruck „neue Fluchtlinien" nur diejenigen Fluchtlinien begreift, welche auf Grund des Gesetzes vom 2. Juli 1875 festgesetzt worden sind, nicht aber die schon vorher angeordneten. Das Gesetz wurde inhalts der Motive veranlaßt durch die fortgesetzten Klagen der großen und in lebhaftem Aufschwunge begriffenen Ortschaften darüber, daß die Verpflichtung, für die Herstellung und den Unterhalt von Straßen und Plätzen zu sorgen, ihnen eine Last aufbürde, die immer drückender werde und, falls nicht im Wege der Gesetzgebung Abhilfe

geschafft werde, zum sichern Ruin der Kommunen führen müsse (Anlage zu den stenograph. Berichten a. a. O. S. 289). Vor Erlaß des Gesetzes gebührte die Anordnung der Fluchtlinien in den Städten lediglich den Polizeibehörden (A.L.R. I. 8. §§. 66 flg.). Diese Befugnisse wurden durch das neue Gesetz in erheblichem Maße eingeschränkt. Nunmehr liegt die Feststellung der Baufluchtlinien, über welche nach den bisherigen Vorschriften der Gemeindevorstand nur gehört wurde, gerade hauptsächlich diesem Gemeindevorstande im Einverständnis der Gemeinde, allerdings unter Zustimmung der Polizeibehörden ob (Gesetz vom 2. Juli 1875 §§. 1. 5. 6. 7). Der projektierte Bebauungsplan wird demnächst von dem Gemeindevorstande zu jedermanns Einsicht offen gelegt. Jedem Beteiligten steht innerhalb 4 Wochen die Berechtigung zu, Einspruch zu erheben (§. 7). Über die erhobenen Einwendungen wird zwischen dem Gemeindevorstande und dem Beschwerdeführer verhandelt und, soweit hierdurch nicht eine Erledigung herbeigeführt wird, entscheidet der Kreisausschuß (§. 8). Gegen dessen Entscheidung ist noch eine Beschwerde bei dem Bezirksrate gestattet (§. 16). Nach Erledigung aller Anstände stellt der Gemeindevorstand den Plan förmlich fest, legt ihn zur Einsicht jedermanns offen und macht dies ortsüblich bekannt (§. 8). Dieses ordnungsmäßige Verfahren unter Zuziehung der Beteiligten bürgt für eine gerechtere Würdigung ihrer Interessen, als die früheren einseitigen Anordnungen der Polizeibehörden. Bei den auf Grund des gegenwärtigen Verfahrens angeordneten Fluchtlinien ist eine Verletzung begründeter Rechte weniger möglich, als früher, und es rechtfertigt sich dem entsprechend bei solchen Unterlagen auch, wenn das Gesetz die Entschädigungsverpflichtung der Gemeinden im Vergleich zu früher erheblich beschränkt. Hieraus ergiebt sich, daß diese Entschädigungseinschränkungen nicht auch bei älteren Fluchtlinien maßgebend sein können, die unter ganz anderen Voraussetzungen festgestellt worden sind.

Zutreffend verweist der Berufungsrichter auch noch auf den engen Zusammenhang, in welchem der §. 13 mit dem vorhergehenden §. 12 steht. Im §. 12 wird bestimmt, daß in einem nach Maßgabe dieses Paragraphen zu errichtenden und zu publizierenden Ortsstatute die Errichtung von Wohngebäuden an Straßen und Straßenteilen untersagt werden darf, welche noch nicht gemäß der baupolizeilichen Bestimmungen des Ortes für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertig hergestellt sind. Wenn nun im §. 13 der Entschädigungsanspruch

„wegen der nach den Bestimmungen des §. 12 eintretenden Beschränkungen der Baufreiheit," also auf Grund von Anordnungen, die erst nach Erlaß des Gesetzes möglich sind, gänzlich ausgeschlossen und gleichzeitig in demselben Satze „wegen Entziehung oder Beschränkung des von der Feststellung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigentumes" auf wenige Fälle beschränkt wird, so ist hierin allerdings mit dem Berufungsrichter ein fernerer Grund zu finden, daß unter diesen neuen Fluchtlinien ebenfalls nur solche zu verstehen sind, die auf Grund dieses neuen Gesetzes festgestellt worden sind.

Das preußische Ober-Tribunal hat in dem Erk. vom 18. Juni 1878 (Entsch. Bd. 82 S. 126 namentlich S. 131. 132) ausgeführt, daß das in den §§. 13. 14 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 vorgeschriebene Verfahren behufs Feststellung der dem Grundeigentümer zu gewährenden Entschädigung dann keine Anwendung finde, wenn der Entschädigungsanspruch schon vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes bestand, sich aber über die Frage nicht ausgesprochen, ob der §. 13 des Gesetzes auf Entschädigungsansprüche Anwendung findet, welche erst nach Erlaß des Gesetzes hervorgetreten sind, aber ihren Grund in Fluchtlinien haben, die schon vor dem Gesetze festgestellt worden waren.

Friedrichs gelangt in der Abhandlung, „das Gesetz, betreffend die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften vom 2. Juli 1875" S. 54 zu der Annahme, daß unter den neuen Fluchtlinien in §. 13 nur die nach dem Gesetze auf Grund desselben festgestellten zu verstehen sind. Er folgert dies auch aus dem Entwurfe des Gesetzes in folgender Weise: „In demselben (in dem Entwurfe) war der Abs. 1 des §. 10, welchem gegenwärtig §. 13 entspricht, folgendermaßen gefaßt. „„Eine Entschädigung können diejenigen, welche durch die Feststellung der Fluchtlinien (§§. 1. 4 und 6) in der Freiheit zu bauen eingeschränkt werden, wegen dieser Einschränkung nicht fordern."" Die Verweisung auf die §§. 1. 4 und 6 schnitt jeden Zweifel darüber ab, daß die ganze Bestimmung wegen der Entschädigungspflicht, für welche die Regel in dem Abs. 1 enthalten, nur für die in Gemäßheit des Gesetzes festgestellten Fluchtlinien gegeben werden sollte. Nun lassen aber weder die Verhandlungen der Kommission noch die des Abgeordnetenhauses selbst irgendwie erkennen, daß man in diesem Punkte von der Regierungsvorlage hat abweichen wollen; und andererseits wäre dies doch eine so wesentliche Veränderung

gewesen, daß man unmöglich mit Stillschweigen hätte darüber hinweggehen können.

Hiernach erscheint die Revisionsbeschwerde nicht gerechtfertigt."

---

82. Ist die Unkenntnis einer in das Grundbuch eingetragenen Verfügung (A.L.R. I. 4. §. 19) als Verschulden im Sinne A.L.R.'s I. 3. §§. 18 flg. anzusehen?

I. Hilfssenat. Urt. v. 24. Januar 1882 i. S. W. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IVa. 467/81.

I. Landgericht Öls.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die verehelichte M. hatte durch Vertrag vom 10. Mai 1879 ihr Grundstück an den Kläger verpachtet. Gleich nachdem das Pachtrecht am 10. Juli 1879 in das Grundbuch eingetragen war, wurde auf den Antrag des Beklagten wegen einer ihm gegen die Verpächterin zustehenden Forderung im Wege der Exekution die Sequestration des Pachtgrundstückes eingeleitet. Kläger erhob gegen Beklagten wegen Anerkennung seines Pachtrechtes, Aufhebung der Sequestration und Erstattung des ihm durch die Einleitung der letzteren verursachten Schadens Klage. Der Appellationsrichter wies den Schadensersatzanspruch zurück, weil ein dolöses oder kulpöses Verhalten des Beklagten nicht dargethan sei. Die von dem Kläger dieserhalb eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde ist für unbegründet erachtet.

Aus den Gründen:

„Die Nichtigkeitsbeschwerde führt aus: der Appellationsrichter habe übersehen, daß zur Zeit, als auf den Antrag des Beklagten die Sequestration verhängt wurde, das Pachtrecht des Klägers bereits im Grundbuche eingetragen war; mit Unkenntnis dieser Eintragung könne Beklagter sich nicht entschuldigen; er habe in einem Versehen versiert, wenn er das Grundbuch nicht eingesehen habe; sein Recht, die Sequestration nachzusuchen, sei beschränkt gewesen und habe sich durch

das Pachtrecht des Klägers modifiziert, welches infolge der Eintragung ihm bekannt sein mußte. Implorant rügt mit Rücksicht hierauf die Verletzung des §. 19 I. 4 A.L.R., welcher vorschreibt, daß sich Niemand mit der Unwissenheit einer in das Grundbuch eingetragenen Verfügung entschuldigen könne. Doch auch dieser Angriff ist verfehlt. — Die Frage, inwieweit die Thatsache der geschehenen Eintragung des Pachtrechtes zur Begründung der Feststellung eines dolosen oder kulposen Verhaltens des Beklagten von Erheblichkeit war, unterlag ausschließlich der faktischen Würdigung des Falles. Da der Appellationsrichter auf die fragliche Thatsache, welche er im Eingange der Entscheidungsgründe mitgeteilt hat, bei seinen Erwägungen bezüglich der Schadensersatzforderung nicht speziell zurückgekommen ist, so muß daraus gefolgert werden, daß er sie bei letzterer Beurteilung für unerheblich erachtet hat, also weder aus der Eintragung einen Schluß auf die Kenntnis des Beklagten von der Existenz des Pachtrechtes gezogen, noch in dem Umstande, daß Beklagter das Grundbuch nicht eingesehen hat, einen Mangel an Aufmerksamkeit gefunden wissen will. Diese Annahmen stehen mit dem Gesetze, dessen Verletzung behauptet ist, nicht im Widerspruch. Denn der §. 19 a. a. O. stellt nicht die — gesetzliche — Vermuthung auf, daß der Inhalt des Grundbuches jedermann bekannt sei, und ebensowenig statuiert er die Verpflichtung, von dem Inhalte des Grundbuches Kenntnis zu nehmen, sodaß auch nicht von der unterlassenen Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht und insofern nicht von dem Mangel der Beobachtung der schuldigen Aufmerksamkeit die Rede sein kann. Das Gesetz fingiert vielmehr nur mit Rücksicht auf die Publizität des Grundbuches die Kenntnis von dem Inhalte desselben. Aus dieser Fiktion kann aber ein Schluß auf die in Wirklichkeit bestehende Wissenschaft nicht gezogen werden."

---

83. Hat der Redhibitionskläger, wenn das gekaufte, vor Anstellung der Klage und vor Eintritt des Rücknahmeverzuges des Beklagten gestorbene Tier erwiesenermaßen an einer schon zur Zeit der Übergabe vorhanden gewesenen Krankheit gelitten hat, behufs Durchsetzung des

Redhibitionsanspruches außerdem zu beweisen, daß der Tod des Tieres eine Folge eben dieser Krankheit gewesen sei?
A.L.R. I. 5. §§. 326—328.

I. Hilfssenat. Urt. v. 27. Januar 1882 i. S. S. (Kl.) w. J. A. (Bekl.) Rep. IV a. 449/81.

I. Landgericht Arnsberg.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die obige Frage ist bejaht aus folgenden, den wesentlichen Teil des Sachverhaltes ergebenden

Gründen:

„Der Appellationsrichter, obschon er als festgestellt ansieht, daß das vom Kläger gekaufte Rind bereits vor der Übergabe mit einem Leberleiden behaftet gewesen sei, hat dennoch die Wandelungsklage als unbegründet abgewiesen, weil er nach dem maßgebenden Obergutachten der technischen Deputation für das Veterinärwesen für nicht dargethan erachtet, daß der schon vor Anstellung der gegenwärtigen Klage erfolgte Tod des Rindes durch jenes Leiden herbeigeführt sei. —

Mit Unrecht findet die Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers in diesem Entscheidungsgrunde eine Verletzung der §§. 326. 331. I. 5 und der §§. 198. 199. 200. 203. I. 11 A.L.R., sowie der Rechtsgrundsätze über die Verteilung der Beweislast. —

In erheblicher Abweichung von dem römischen Recht (vgl. Windscheid, Pandekten 5. Aufl. Bd. II S. 487) macht das A.L.R. die Ausübung des Wandelungsrechtes grundsätzlich davon abhängig, daß der Empfänger die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, zurückzugeben vermag (§§. 327. 328. I. 5). Von dieser scheinbar allgemeinen Regel hat zwar die Praxis und, ihr folgend, die Rechtslehre verschiedene Ausnahmen zugelassen: nämlich für die Fälle, in welchen eine stattgehabte Veränderung der Sache nicht als eine wesentliche anzusehen, und in welchen der Untergang der Sache entweder durch den vom Geber zu vertretenden Fehler herbeigeführt oder nach erklärtem Rücktritt ohne Schuld des Empfängers erfolgt ist.[1]

[1] Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 1 S. 46, Bd. 12 S. 192, Bd. 45 S. 286; Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 41 S. 40, Bd. 65 S. 61; Entsch. d. R.O.H.G.'s

Allein als Regel bleibt doch bestehen, daß der Untergang der Sache die Redhibition ausschließt, und daraus folgt namentlich, daß jeder nach der Übergabe und vor erklärtem Rücktritt eintretende Zufall den Empfänger und nicht (wie nach dem römischen Rechte) den Geber trifft. Dies ergiebt der klare Wortlaut der citierten §§. 327. 328, und man würde denselben fast alle Bedeutung entziehen, wenn man hierin der entgegengesetzten Auffassung folgen wollte, von welcher sich in den Gründen einiger Entscheidungen des früheren preuß. Obertribunales (Entsch. Bd. 41 S. 43—45; Striethorst, Archiv Bd. 92 S. 299 flg.) im Anschlusse an die — auf abweichender Grundlage beruhenden — Aussprüche der römischen Rechtsquellen mehr oder weniger entschiedene Andeutungen finden. (Vgl. auch Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 8 S. 394 flg., Bd. 12 S. 416.) —

Demgemäß liegt überall, wo — wie vorliegend — der Untergang der Sache vor der Rücktrittserklärung und vor dem durch dieselbe herbeigeführten Rücknahmeverzuge des Gebers eingetreten ist, dem Redhibitionskläger der Nachweis ob, daß der Untergang durch einen vom Geber zu vertretenden, also schon zur Zeit der Übergabe vorhanden gewesenen, Fehler verursacht ist. Denn gegenüber seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Rückgabe (§. 327 a. a. O.) sowie der eingestandenen Unmöglichkeit, solche zu erfüllen, hat er Umstände darzulegen und folgerecht zu beweisen, welche eine Ausnahme von der Regel des Gesetzes zu begründen und sein Recht von der Erfüllung der korrespondierenden Pflicht unabhängig zu machen geeignet sind. Hierzu genügt aber nicht schon der Nachweis, daß die Sache überhaupt mit einem vom Gegner zu vertretenden Fehler behaftet gewesen sei, sondern es muß außerdem bewiesen werden, daß dieser Fehler als alleinige oder doch als wesentlich mitwirkende Ursache den Untergang herbeigeführt hat. Denn der mit dem Fehler nicht in erweislichem Zusammenhange stehende Untergang kann in Rücksicht auf den Geber nur als ein zufälliger angesehen werden, welcher nach Vorstehendem den Empfänger trifft. (Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 8 S. 395.) Es fehlt an jedem Rechtsgrunde, mit

---

Bd. 3 S. 151; Bd. 8 S. 393; Bd. 10 S. 276; Bd. 12 S. 416; Erk. d. R.G.'s v. 5. Januar 1880 in Gruchot's Beiträgen Bd. 24 S. 1000 flg.; Förster, Theorie ꝛc 4. Aufl. Bd. 1 S. 570 flg.; Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. 2 §. 144 lit. a.

dem Imploranten dem Geber (vorliegend also dem Beklagten) den Beweis dafür aufzubürden, daß der Untergang der Sache nicht infolge des nachgewiesenen Fehlers, sondern aus einer anderen Ursache erfolgt sei. Dadurch würde das Verhältnis von Regel und Ausnahme zum Nachteile des Gebers umgekehrt und eine in den Gesetzen nicht begründete Vermutung für den ursächlichen Zusammenhang des Fehlers mit dem Untergange der Sache aufgestellt werden."

---

84. Finden die Vorschriften des A.L.R.'s I. 14. §§. 150. 151 auch dann Anwendung, wenn über eine ohne Auftrag geführte, hinterher genehmigte Verwaltung Rechnung gelegt und diese von dem Geschäftsherrn ohne Vorbehalt quittiert ist?

A. L. R. I. 14. §§. 166. 167; I. 13. §. 239.

I. Hilfssenat. Urt. v. 31. Januar 1882 i. S. D. K. (Kl.) w. O. E. u. Witwe D. (Bekl.) Rep. IV a. 830/80.

I. Landgericht Köslin.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Der Kläger erhob Ansprüche aus verschiedenen von dem Erstbekl. E. und dem Erblasser der Zweitbekl. Witwe D. für ihn geführten Geschäften. Die Beklagten excipierten unter anderem, daß von ihnen (bezw. ihrem Erblasser) den Generalbevollmächtigten des Klägers bereits im Jahre 1866 (also über 10 Jahre vor Anstellung der vorliegenden Klage) über die geführten Geschäfte Rechnung gelegt und solche ohne Vorbehalt quittiert sei, weshalb gemäß §§. 150. 151 A.L.R. I. 14 gegen die Zweitbeklagte gar keine, gegen den Erstbeklagten aber nur wegen Betruges oder (hier nicht behaupteter) Rechnungsfehler Ansprüche erhoben werden könnten. Der Appell-Richter erachtete diesen Einwand für begründet, indem er die fragliche Geschäftsführung als ohne Auftrag unternommene, aber hinterher genehmigte Verwaltung charakterisierte. — Der hiergegen gerichtete Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers ist (nach Erledigung eines anderen, hier nicht interessierenden Angriffes) zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Fiel, wie festgehalten werden muß, die Gesamtthätigkeit des

E. und D. im Interesse des Klägers an sich unter den Begriff der Verwaltung im angegebenen Sinne, so kann nicht bezweifelt werden, daß durch die nachträgliche Genehmigung derselben seitens der Bevollmächtigten des Klägers ein dem Inhalte des Verwaltungsvertrages entsprechendes Rechtsverhältnis zwischen den Verwaltern und dem Kläger als Geschäftsherrn hergestellt ist, und daß insbesondere jenen, nachdem sie Rechnung gelegt haben und solche quittiert ist, die Rechtswohlthat der §§. 150. 151 A.L.R. I. 14 zu statten kommt. Dies ergiebt sich als notwendige Konsequenz aus dem, auch im A.L.R. anerkannten, Wesen der Ratihabition und deren rückwirkender Kraft, welche sich sowohl für das innere Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn als auch für das Verhältnis des letzteren bezüglich der von ersterem mit dritten abgeschlossenen Geschäfte bethätigt (vgl. Seuffert, Ratihabition S. 53—56. 69; Zimmermann, stellvertretende neg. gestio S. 211 flg.; Dernburg, Preuß. Privatr. 3. Aufl. Bd. 1 S. 256; Förster, Theorie ꝛc 4. Aufl. Bd. 1 S. 229). Dagegen verschlägt es nichts, daß nach A.L.R. I. 14. §. 166 derjenige, welcher ohne Auftrag sich der Verwaltung fremder Sachen anmaßt, nicht nach den Vorschriften dieses, sondern des zweiten Abschnittes des dreizehnten Titels (der von der Geschäftsführung ohne Auftrag handelt) beurteilt werden soll, und daß nach A.L.R. I. 13. §. 239 durch die Genehmigung einer solchen Geschäftsführung zwischen dem Geschäftsführer und Geschäftsherrn eben die Rechte und Pflichten, wie zwischen einem Machtgeber und Bevollmächtigten entstehen. Denn die letztere Vorschrift — eine augenscheinliche Nachbildung des in den Quellen des römischen Rechtes vorkommenden Satzes: ratihabitio mandato comparatur (l. 12 §. 4 D. de solut. 46, 3) — ist lediglich ein Ausdruck des Prinzipes, daß die nachfolgende Genehmigung der vorgängigen Ermächtigung gleichwertig ist, und nichts berechtigt zu der Annahme, daß durch die gewählten Worte („Machtgeber" und „Bevollmächtigter") nach der Absicht der Redaktoren die rückwirkende Kraft der Ratihabition sich auf diejenigen Geschäfte, welche in rechtlicher Vertretung des Geschäftsherrn vorgenommen sind und also den Gegenstand des eigentlichen „Vollmachtsauftrages" bilden könnten, beschränken, nicht aber auf diejenigen sich erstrecken solle, welche darüber hinaus in den Kreis der „Verwaltung fremden Vermögens" fallen. Nach inneren Gründen für eine derartige Unterscheidung würde man vergeblich suchen und gegen die-

selbe spricht mit großem Gewichte, daß auch nach dem A.L.R. der Verwaltungsvertrag nur eine Abart des Vollmachtsvertrages ist und in den wesentlichsten Beziehungen unter dessen Normen steht (vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. 15 S. 212 flg., Bd. 68 S. 24 flg., Bd. 72 S. 183 flg.; Striethorst, Archiv Bd. 90 S. 359). Die entgegengesetzte Auffassung würde überdies zu einer mit argen Inkonvenienzen verbundene Zerreißung des aus der genehmigten Verwaltung sich ergebenden Rechtsverhältnisses führen, was namentlich dann in die Augen springt, wenn man den Fall einer — hinterher genehmigten — Überschreitung der Grenzen des Verwaltungsauftrages unterstellt, welcher nach A.L.R. I. 14. §. 167, soweit diese Überschreitung reicht, dem völligen Mangel des Auftrages gleichsteht. Denn solchenfalls würde nach der Ansicht des Imploranten hinsichtlich der Wirkung der gelegten und quittierten Rechnung zwischen denjenigen Posten, bei denen eine Überschreitung der Vollmacht stattgefunden hat, und den anderen unterschieden werden müssen, wofür jedoch das Gesetz nicht den mindesten Anhalt gewährt. Und die gleiche ungerechtfertigte Scheidung würde eintreten müssen, wenn die anfänglich auftraglose Verwaltung nach erfolgter Ratihabition noch fortgesetzt und demnächst über dieselbe eine, beide Zeiträume umfassende Rechnung gelegt wäre. — Wenn daher auch die Ratihabition nicht rückwärts einen Verwaltungsvertrag herzustellen vermag, so steht doch nichts entgegen, ihr die Wirkung beizulegen, daß nach ihrer Erteilung das Verhältnis zwischen Verwalter und Prinzipal, mindestens zu Gunsten des ersteren, so behandelt wird, als wenn die Verwaltung von vornherein mit Genehmigung des Prinzipales geführt wäre; und hieraus ergiebt sich die Anwendbarkeit des A.L.R.'s I. 14. §§. 150. 151 auf die von solchem Verwalter gelegte Rechnung."

---

85. Erlischt die Gesamthypothek auf den mitverhafteten Grundstücken, wenn das Vorzugsrecht derselben nachstehenden Gläubigern des einen Grundstückes abgetreten ist, und die Cessionare bei der Subhastation dieses Grundstückes auf Grund der Abtretung den Betrag der Post aus den Kaufgeldern gehoben haben?

V. Civilsenat. Urt. v. 1. Februar 1882 i. S. F. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. V. 794/81.

I. Landgericht Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Beklagte war Inhaberin einer im Grundbuche von Kastanienallee Nr. 10 B. eingetragenen Hypothekenforderung von 16 500 ℳ, die auch im Grundbuche von Kastanienallee Nr. 11 eingetragen war. Sie räumte damit nacheingetragenen Gläubigern von Nr. 11 die Priorität ein. Bei der Subhastation des letzteren Grundstückes machten die Prioritätscessionare von dem eingeräumten Rechte Gebrauch, und erhielten die auf die Hypothek der Beklagten gefallene Hebung. Bei der demnächstigen Subhastation von Nr. 10 liquidierte die Beklagte, die bei der Subhastation von Nr. 11 ausgefallen war, ihre Hypothekenforderung an der betreffenden Stelle; die Klägerin, als nächste ausfallende Hypothekengläubigerin, widersprach dem, und die darauf fallende Hebung wurde zu einer 15 983,86 ℳ betragenden Streitmasse genommen. Klägerin beanspruchte nunmehr die Streitmasse für sich, behauptend, daß die Gesamthypothek der Beklagten bereits erloschen sei; Beklagte stellte dies in Abrede. Der erste Richter erkannte nach dem Klageverlangen; die von der Beklagten eingelegte Berufung wies der zweite Richter zurück. In den Gründen ist die Wirkung der Vorrechtseinräumung bei Hypotheken dahin bestimmt, daß derjenige Teil des Pfanderlöses, welcher bei der Verteilung auf die vortretende und die zurücktretende zusammen oder auf letztere allein fällt, zunächst zur Befriedigung der vortretenden zu verwenden ist, und nur der etwaige Überrest der zurücktretenden zuzuteilen ist. Sodann ist ausgeführt, daß die Mehrzahl der Versuche, das Rechtsverhältnis zu konstruieren, darin übereinkomme, daß der vortretende Gläubiger die Forderung des zurückgetretenen realisiere, und letzterer, was derartig gezahlt, als auf seine Forderung gezahlt anerkennen müsse, und daß sonach auch dritten Interessenten gegenüber der Prioritätscedent in Höhe des von seinem Cessionar auf Grund der Cession erhobenen Betrages als mit seiner Forderung befriedigt zu gelten habe. Endlich ist hieraus, mit Rücksicht auf §. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 und das daselbst verordnete Erlöschen einer aus einem verhafteten Grundstücke berichtigten Korrealhypothek auf den mitverhafteten Grundstücken, gefolgert, daß

Beklagte, nachdem ihre Vorrechtscessionare auf Grund der Cession aus den Kaufgeldern des Grundstückes Kastanienallee Nr. 11 in Höhe der ganzen Hypothek der Beklagten Zahlung erlangt haben, aus den Kaufgeldern von Nr. 10 daselbst nicht nochmals Befriedigung verlangen könne, und daß die Klägerin als nächstinteressierte Hypothekengläubigerin des letzteren Grundstückes das Erlöschen der Hypothek der Beklagten geltend zu machen berechtigt sei.

Beklagte hat die Revision eingelegt und Aufhebung des Vorderurtels nebst Abweisung der Klage, Klägerin hat Zurückweisung der Revision beantragt. Die Revision ist zurückgewiesen worden.

Gründe:

„Es handelt sich lediglich um die Frage, ob die für die Beklagte auf dem Grundbuchblatte von B. Kastanienallee Nr. 10 unter Abtl. III Nr. 7 eingetragen gewesene Post von 16 500 ℳ in Gemäßheit des §. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 — §. 74 des Subhastationsgesetzes — bereits dadurch erloschen war, daß die Prioritätscessionare der Beklagten bei der Subhastation des Grundstückes Nr. 11 daselbst den auf dieselbe, dort gleichfalls eingetragen gewesene, Post gefallenen Vollbetrag erhoben haben. Denn daß, wenn dies der Fall, die Klägerin als Gläubigerin der auf dem Grundbuchblatt Nr. 10 nächstfolgenden Post Abtl. III Nr. 13 von 11 750 ℳ, um den Ausfall der letzteren zu verhüten, das Erlöschen geltend machen und die Streitmasse von 15 983,86 ℳ beanspruchen kann, wird nach §. 70 des Subhastationsgesetzes einem Bedenken nicht unterliegen.

Das Ergebnis der Ausführung des Vorderrichters, die sich auf eine Vergleichung und Prüfung der verschiedenartigen dogmatischen Begriffsbestimmungen der Prioritätseinräumung stützt, ist, daß die Beklagte ein Recht, Befriedigung aus den Kaufgeldern von Nr. 10 zu verlangen, nicht habe, nachdem ihre Prioritätscessionare aus den Kaufgeldern des mitverhafteten Grundstückes ihre Befriedigung in Höhe der Gesamthypothek der Beklagten an Stelle derselben entnommen haben. Dies Ergebnis samt der Ausführung wird seitens der Beklagten als rechtsirrtümlich angefochten, indem unter Bezugnahme auf die rechtliche Natur der Prioritätseinräumung die Vorschriften über die Rangordnung der Hypotheken und §. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 die Sätze aufgestellt werden, daß

a. der Prioritätscedent infolge der Hebung seines Cessionars nicht

befriedigt werde und seiner persönlichen Forderung nicht verlustig gehe;

b. der Gesamthypothekar sein Recht auf jedes der verhafteten Grundstücke geltend machen könne, und die Gläubiger und der Eigentümer des nicht in Anspruch genommenen Grundstückes nicht verlangen können, daß er sich an das andere, sei es auch nur mit bestimmter Priorität, halte;

c. der Grundsatz, daß die Prioritätseinräumung Zwischengläubigern nicht nachteilig sein dürfe, den Gläubigern mitverhafteter Grundstücke nicht zu statten komme.

Diese Sätze können ganz richtiges enthalten, sie entscheiden aber über die obige Frage nicht. Nach dem allein maßgebenden preußischen Rechte ist das Hypothekenrecht das Recht des Gläubigers, sich wegen seiner Forderung an die verpfändete Sache zu halten und aus ihr — ihren Einkünften oder ihrem Erlöse — seine Befriedigung zu entnehmen (§. 43 des Gesetzes vom 5. Mai 1872, A.L.R. I. 20. §§. 1. 436. 490). Dieses Recht steht allen Hypothekengläubigern zunächst gleichmäßig zu, bei unzureichender Sache aber entscheidet zwischen den konkurrierenden Gläubigern das durch die Eintragung begründete Vorzugsrecht, d. h. die Stelle der Hypothek in der gesetzlichen Rangordnung (§§. 17. 34 des angeführten Gesetzes, A.L.R. I. 20. §. 500). Das Vorzugsrecht der Hypothek besteht danach in dem Rechte auf vorzugsweise Befriedigung der durch sie gesicherten Forderung nach Maßgabe ihrer Rangstelle vor den durch Hypotheken niederen Ranges gesicherten Forderungen. Das Vorzugsrecht kann mit der Wirkung, daß die Vorrechte der Zwischenhypotheken unberührt bleiben, auf nachstehende Hypothekengläubiger übertragen werden; das Hypothekenrecht selbst, als accessorisches Recht, ist von der Forderung, für die es bestellt ist, nicht trennbar (§§. 35. 52 des angeführten Gesetzes). Die Abtretung des Vorzugsrechtes kann daher allerdings nur als Abtretung des dem zurücktretenden Hypothekenrechte beiwohnenden Rechtes auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Pfande aufgefaßt werden. Die Ausübung dieses Rechtes kann aber nur so geschehen, daß der Cessionar dasselbe an Stelle des Cedenten auf Grund und nach dem Umfange der Hypothek und Forderung desselben für sich und zur Befriedigung wegen seiner eigenen Forderung in Anspruch nimmt, und dem Cedenten überläßt, seine Befriedigung nach ihm an bereiter Stelle der Rang-

ordnung zu entnehmen (Entsch. des Obertrib. Bd. 63 S. 189, Bd. 6 S. 359; Striethorst, Arch. Bd. 89 S. 193). Da nun aber das prioritätische Befriedigungsrecht der wesentliche Inhalt des prioritätischen Hypothekenrechtes des Cedenten ist, und letzteres mit der Befriedigung aus dem Grundstücke behoben wird, so wird auch durch die Ausübung jenes Rechtes die prioritätische Hypothek realisiert und löschungsfähig. Der Cedent kann dasselbe nicht mehr ausüben; das ihm verbleibende Hypothekenrecht ist dem Range, dem Umfange und der Wirkung nach ein anderes, verändertes; es hat den Rang gewechselt und sich infolge dessen mit anderen Eigenschaften bekleidet.

Im Falle der Gesamthypothek ist die Forderung des Gläubigers durch auf mehrere Grundstücke bestellte Hypothekenrechte gesichert, die durch ihre Stellung in verschiedenen Rangordnungen bestimmt sind, aber in Beziehung auf Zweck und Wirkung eine Einheit bilden. Der Gläubiger hat das Recht, sich vermittelst ihrer nach seiner Wahl zu befriedigen, oder auch das eine oder andere aufzugeben; den Nachgläubigern steht ein Widerspruch nicht zu. Zu befriedigen ist er aber wegen seiner Forderung nur einmal, und soweit er die Hypothek aus einem Grundstücke realisiert, erlischt dieselbe auf den anderen Grundstücken (§. 42 des Gesetzes vom 5. Mai 1872). Die notwendige Folge davon ist, daß die Nachgläubiger der letzteren in die erloschene Stelle aufrücken; ihr Recht zum Aufrücken und zur Geltendmachung des Erlöschens beruht also auf dem Gesetze. Das letztere hat zwar nach dem Vorgange des §. 56 (neuer Fassung) der preußischen Konkursordnung den Grundsatz der ratierlichen Haftung mitverpfändeter Grundstücke beseitigt, es hat aber, wie die Motive zu §. 42 ausdrücklich besagen, daran festgehalten, daß die Gesamthypothek durch die Befriedigung des Gläubigers erschöpft wird, und die mitverhafteten Grundstücke davon frei werden, weil sonst die nacheingetragenen Gläubiger in ihrem Rechte verletzt würden. Deshalb kann der Gesamthypothekar nicht das Befriedigungsrecht aus der Hypothek eines Grundstückes ausüben und sich dasselbe aus der Hypothek des anderen erhalten; er kann dies Ziel auch nicht dadurch erreichen, daß er das aus der einen Hypothek hervorgehende Recht auf prioritätische Befriedigung abtritt und dasselbe zu Gunsten einer zweiten Forderung, der des Cessionars, ausüben läßt; er ist nicht berechtigt, die Bestimmung und Wirkung seines Gesamthypothekenrechtes in dieser Weise zu vervielfachen. Vielmehr

realisiert, wie bemerkt, der Cessionar, indem er das ihm abgetretene Vorzugsrecht der Gesamthypothek mit Erfolg ausübt, auch die Gesamthypothek; er hat damit an Stelle des Cedenten die demselben zustehende Wahl unter den mithaftenden Grundstücken getroffen; der letztere hat das Gesamthypothekenrecht verloren; er muß seine Befriedigung aus dem, unbeschadet der Rechte der Zwischenposten sich darbietenden Hypothekenrechte, erwirken; jedenfalls steht ihm das des Cessionars zu Gebote.

Nach alledem ist es richtig, daß der Prioritätscessionar durch die Vorzugseinräumung seine persönliche Forderung nicht verlieren kann, und daß seine Nachgläubiger ihm als Gesamthypothekar nicht vorschreiben können, aus welchem Grundstücke und an welcher Rangstelle er seine Befriedigung zu nehmen habe, unrichtig ist aber die Folgerung, daß den Nachgläubigern ein Widerspruchsrecht dagegen, daß der Gesamthypothekar sein Befriedigungsrecht mehrfach ausübe, nicht zustehe.

Die behaupteten Rechtsverletzungen sind daher nicht vorhanden; das angegriffene Urtel ist vielmehr begründet, und war die Revision zurückzuweisen."

---

86. Ist den Bestimmungen in A.L.R. I. 15. §§. 52. 53 durch das Handelsgesetzbuch derogiert?

I. Civilsenat. Urt. v. 22. Februar 1882 i. S. Providentia (Kl.) w. Deutsche Genossenschaftsbank S. P. & Co. (Bekl.) Rep. I. 673/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 23 S. 86 abgedruckt.

---

87. Darf ein an sich zu einer Hebung aus den Subhastationskaufgeldern Berechtigter, welcher im Kaufgelderbelegungstermine ausgeblieben ist, oder die von dem Subhastationsrichter zur Einklagung seines im Kaufgelderbelegungstermine geltend gemachten Anspruches

gesetzte Frist versäumt hat, nach Ausschüttung der Kaufgelder gegen Perzipienten derselben auf Grund nützlicher Verwendung klagen?

Preuß. Subhastationsordnung v. 15. März 1869 §§. 64. 72.
C.P.O. §§. 757. 764—768.
Preuß. Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen v. 4. März 1879 §§. 18. 25.

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Februar 1882 i. S. Th. M. & Co. (Kl.) w. M. Cr. B. (Bekl.) Rep. I. 201/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

In einer Subhastation waren bewegliche, im Eigentume eines Dritten befindliche, dem Hypothekenrechte der eingetragenen Gläubiger nicht unterworfene Mobilien, als Zubehör des subhastierten Grundstückes, zugeschlagen, obwohl der Dritte seine Eigentumsrechte zu den Subhastationsakten angemeldet hatte, solches im Licitationstermine bekannt gemacht wurde und dem Dritten seine Rechte im Zuschlagbescheide vorbehalten waren. Die Vindikation des Dritten gegen den Adjudikatar war rechtskräftig zurückgewiesen, weil dem Kläger nur ein Anspruch an die Subhastationskaufgelder zustehe. In dem während des Vindikationsprozesses angestandenen Kaufgelderbelegungstermine war der Dritte nicht erschienen. Nach Ausschüttung der Kaufgelder klagte der Dritte gegen den letzten Perzipienten aus den Kaufgeldern auf Grund nützlicher Verwendung. Das Gericht zweiter Instanz wies die Klage ab, weil der §. 64 der pr. Subhastationsordnung einer solchen Klage entgegenstehe. Diese Entscheidung ist vernichtet aus folgenden

Gründen:

„In den preußischen Subhastationsgesetzen ist keine Bestimmung erfindlich, wonach der Belegung und Verteilung der Kaufgelder die formelle Kraft eines rechtskräftigen Ausspruches des Subhastationsrichters beigemessen ist, welcher gegen jeden an sich Berechtigten, wegen eines ihm zustehenden Interesse aus den Subhastationskaufgeldern Befriedigung zu verlangen (sodaß im Falle der Thätigung dieses Rechtes im Kaufgelderbelegungstermine er und nicht einer der anderen Personen, welche eine Hebung aus dem Kaufgelde erzielt haben, auf den entsprechenden Betrag jenes Interesse aus den Kaufgeldern befriedigt

worden sein würde), im Falle seines Nichterscheinens im Kaufgelderbelegungstermine oder im Falle der Verabsäumung der im §. 72 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 normierten Frist derartig wirkte, daß dadurch jeder Anspruch des ausgebliebenen (bezw. jene Frist versäumenden) an jenen Perzipienten aus den Kaufgeldern, welcher an sich nach allgemeinen Rechtsprinzipien (namentlich nach den Grundsätzen von der nützlichen Verwendung) begründlagt werden könnte, abgeschnitten wird. Eine solche Wirkung der Kaufgelderbelegung hätte (als eine Abweichung von den sonstigen allgemeinen Normen des preußischen Rechtes) in dem Gesetze selbst ausgedrückt werden müssen; es läßt sich aber ein solcher Ausdruck weder in dem zweiten Absatze des §. 64 noch in dem dritten Absatze des §. 72 der Subhastationsordnung finden. Es ist darin vielmehr nur ausgedrückt, daß der Subhastationsrichter unter solchen Voraussetzungen mit der Ausschüttung der Kaufgelder nach Maßgabe der Kaufgelderbelegungsverhandlung vorzugehen habe. Ebensowenig ist die Folgerung, daß eine aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen herzuleitende Klage, bei welcher die Kaufgelderverteilung, als solche, keineswegs angefochten, sondern ihr Bestehen nur als eine Thatsache bei Begründlagung jener Klage verwertet wird, nach dem Gesetzeswillen habe ausgeschlossen werden sollen, daraus gerechtfertigt,

1) daß in §. 64 der Regierungsvorlage am Schlusse sich die Bestimmung befunden hat:

> „durch die vorstehenden Bestimmungen wird das Recht des nicht erschienenen Gläubigers und Schuldners nicht ausgeschlossen, die Verteilung der Kaufgelder gegen die Beteiligten nachträglich mit einer besonderen Klage anzufechten",

daß ferner in §. 88 der Regierungsvorlage (über das Verfahren bei dem Aufgebote der bei der Kaufgelderverteilung gebildeten Spezialmassen) sich an die Bestimmung:

> „denjenigen, welcher im Termine nicht erscheint, trifft der Rechtsnachteil, daß ohne seine Zuziehung über die Auszahlung oder Überweisung verhandelt und mit derselben verfahren wird, ohne daß seine Ansprüche berücksichtigt werden",

die weitere Bestimmung angeschlossen hat:

> „hierdurch wird jedoch sein Recht nicht ausgeschlossen, die Zahlung

oder Überweisung, nachträglich gegen die Beteiligten mit einer besonderen Klage anzufechten"; sowie

2) daß (infolge des Beschlusses der Kommission des Hauses der Abgeordneten) diese die besondere Anfechtungsklage betreffenden Bestimmungen der Regierungsvorlage nicht in das Gesetz aufgenommen sind. Es ergiebt nämlich der Bericht der Kommission selbst, daß durch die Streichung der betreffenden Absätze der Regierungsvorlage nur dem Mißverständnis hat vorgebeugt werden sollen, daß gegen die beendigte Kaufgelderbelegung eine Klage zulässig sein solle, welche sich zu jener verhalte, wie das Wechselseparatum zu einer Entscheidung im Wechselprozesse, daß dagegen die Kommission mit der Regierung dahin einig gewesen ist, daß eine Bereicherungsklage, eine condictio indebiti, überhaupt eine durch allgemeine Rechtsgründe gerechtfertigte selbständige Klage nirgendwie ausgeschlossen werden solle.

Es ist auch unzulässig für die entgegenstehende Ansicht die Analogie der Bestimmungen in der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§. 173. 178. 242 flg. heranzuziehen, da alle wesentlichen Voraussetzungen dieser Bestimmungen des Konkursrechtes in dem Subhastationsverfahren mangeln. Hervorzuheben ist, daß die Judikatur des früheren preußischen Obertribunales sich keineswegs der entgegengesetzten Ansicht angeschlossen hat. Die von dem Appell.-Richter herangezogene Entscheidung des dritten Obertribunalssenates vom 26. Mai 1873, III. 228/753 1873 (Entscheidungen des Obertribunales Bd. 70 Nr. 13 S. 78 flg.) erkennt ausdrücklich an, daß dem ausgebliebenen Gläubiger zwar nicht schlechthin gestattet sei, die Kaufgelderverteilung nachträglich anzufechten, daß aber die Frage, ob nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Klage statthabe, im Gesetze keineswegs verneinend entschieden sei. Die Entscheidungen des vierten Senates des preußischen Obertribunales vom 27. Februar 1873 Nr. 9/24 IV 1873 (abgedruckt in den Entscheidungen des Obertribunales Bd. 69 Nr. 10 S. 69), die Entscheidungen des dritten Senates vom 5. September 1873 (Striethorst, Archiv Bd. 89 Nr. 33 S. 195) und vom 21. September 1877 (ebendort Bd. 98 Nr. 1 S. 1 flg.) führen zu demselben Ergebnisse, wie die gegenwärtige Ausführung. Es ist hiernach nicht nötig zu untersuchen, ob in einem Falle der vorliegenden Art derjenige, welcher mit Rücksicht auf den Mitverkauf ihm zugehöriger Mobilien berechtigt ist, in irgend welchem Umfange an den von dem Adjudikatar einge-

zahlten oder zu berichtigenden Betrag des Meistgebotes in der Subhastation sich zu halten, im Sinne der Subhastationsordnung als ein im Hypothekenbuche nicht eingetragener Realgläubiger angesehen werden darf. Auch wenn er als ein solcher anzusehen wäre, würde sein Ausbleiben im Kaufgelderbelegungstermine einer aus allgemeinen Rechtsgründen begründlagten Klage nicht entgegenstehen.

Die vorliegende Klage ist nach den Normen des preußischen Rechtes über die nützliche Verwendung behauptungsweise schlüssig substanziiert."

---

88. Findet A.L.R. I. 5. §. 168 nur im Falle der Aufhebung des mündlich geschlossenen Vertrages, also der Verweigerung der Vertragserfüllung überhaupt, oder auch alsdann Anwendung, wenn die Erfüllung des Vertrages nur zeitweise verweigert oder verzögert ist?

I. Hilfssenat. Urt. v. 24. Februar 1882 i. S. L. F. (Bekl.) w. A. F.'sche Erben (Kl.). Rep. V a. 436/81.

I. Landgericht Ratibor.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Aus den Gründen:

„Nach der Feststellung des Appell.-Richters ist zwischen der Erblasserin der Kläger und dem Beklagten das Kaufgeld für die Stelle Nr. 116 St. nicht, wie der gerichtliche Vertrag vom 20. März 1872 besagt, auf 300 Thlr., sondern mündlich auf 600 Thlr. verabredet, und es ist mündlich vereinbart, daß dasselbe von dem Beklagten am 20. März 1874 bezahlt werden sollte. Dem zuwider ist die Zahlung in Höhe von 1200 ℳ erst am 12. Dezember 1876 und die des Restes erst am 9. Februar 1877 erfolgt. Der Appell.-Richter hat den deshalb von den Klägern erhobenen Anspruch auf Verzugszinsen für die Zeit seit dem 20. März 1874 bis zu den Zahlungstagen mit 250,50 ℳ für begründet und auch durch die Vorschrift des §. 168 A.L.R. I. 5 nicht für ausgeschlossen erachtet, weil diese Gesetzesstelle nur auf solche Entschädigungsforderungen bezogen werden könne, welche

daraus hergeleitet würden, daß der andere Kontrahent wegen der formellen Ungültigkeit des Vertrages von dem letzteren zurückgetreten, der Vertrag also nicht zur Erfüllung gekommen, vielmehr rückgängig geworden sei, diese Voraussetzung hier aber nicht zutreffe, da der Vertrag von beiden Seiten erfüllt worden.

Mit Recht rügt Implorant Verletzung des allegierten Gesetzes, sowie des §. 156 I. 5, der §§. 74. 827. 833 I. 11 und der §§. 15. 16. 19. 64. 65 I. 16 A.L.R.

Nach dem A.L.R., welches hier allein maßgebend ist, da es sich um eine vor dem 1. Oktober 1872 vorgenommene Veräußerung handelt, erfordern Verträge über unbewegliche Sachen zu ihrer vollen rechtlichen Wirkung die schriftliche Form (§§. 15—17 I. 10, §. 135 I. 5). Bei deren Mangel ist — selbst wenn schon beiderseits erfüllt worden ist — jeder Teil befugt, den Vertrag wiederum aufzurufen, und es treten alsdann die Vorschriften der §§. 156 flg. I. 5 in Kraft. Diese Vorschriften finden auch Anwendung, wenn bei einem Kaufvertrage über unbewegliche Sachen die Summe des Kaufpreises in dem Instrumente zum Scheine anders, als die Parteien denselben verabredet haben, bestimmt worden ist; auch in solchem Falle ist jeder Teil zum Rücktritte vom Vertrage, also zur Weigerung der Kontraktserfüllung befugt (§§. 72. 74 I. 11). Hieraus folgt, daß für keinen Teil die rechtliche Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages besteht, und deshalb kann auch nicht von einem Verzuge die Rede sein, wenn die Erfüllung überhaupt nicht oder so lange sie nicht thatsächlich stattfindet (§§. 15. 16 I. 16). Zögerungszinsen stellen sich aber lediglich als die rechtliche Folge eines Verzuges dar (§§. 19. 64. 65 I. 16, §§. 827. 833 I. 11), und können daher als solche nicht gefordert werden, wenn ein Verzug überhaupt nicht vorliegt.

Ebenso steht dem Anspruche auf Verzugszinsen in einem Falle, wie dem gegenwärtigen, die Vorschrift des §. 168 I. 5 entgegen, wonach aus einem bloß mündlichen Vertrage — und hierbei hat das Gesetz die Fälle der §§. 155 flg. I. 5, §. 74 I. 11 im Auge — wegen der von dem einen oder dem anderen Teile verweigerten Erfüllung keine Forderungen von Entschädigungen oder Interesse stattfinden. Daß unter diese Vorschrift an sich Verzugszinsen fallen, welche im rechtlichen Sinne das Interesse repräsentieren (§. 286 I. 5), hat auch der Appell.-Richter nicht verkannt (vgl. Entsch. des preuß. Obertribunals

Bd. 41 S. 22; Striethorſt, Archiv Bd. 34 S. 68, Bd. 83 S. 308; Entſch. des R.O.H.G.'s Bd. 14 S. 49. 52; Erk. des Reichsgerichtes vom 25. März 1881 in Gruchot's Beiträgen Bd. 25 S. 941). Es waltet aber auch zu der von dem Richter gemachten Einſchränkung in der Anwendung des §. 168 auf den Fall der Aufhebung des nicht formgerechten Vertrages — alſo bei der definitiven Weigerung der Erfüllung im Gegenſatze zu der nur verſpätet erfolgenden, verzögerten Erfüllung — kein rechtlicher Grund vor. Das Geſetz will jede Schadenserſatzforderung wegen thatſächlich — ſei es gänzlich oder nur zeitweiſe — verweigerter Erfüllung ausgeſchloſſen wiſſen, und läßt ſich dabei von der Annahme leiten, daß, weil eine Verpflichtung zur Erfüllung nicht beſteht, der Wankelmut der Partei ſich rechtlich nicht als Verletzung der Vertragspflichten hinſichtlich der Erfüllung darſtellt (§§. 285 flg. I. 5 A.L.R.)."

IV. Rheinisches Recht.

89. Haftung des Ehemannes für Schulden der Ehefrau. Auslegung von Eheverträgen. Klausel der Schuldensonderung.

L.R.S. 1409. 1419. 1500—1504. 1510. 1484. 1485.

II. Civilsenat. Urt. v. 31. Januar 1882 i. S. Erben K. und B. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 450/81.

I. Landgericht Freiburg.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

In einer Urkunde vom 18. Januar 1874 haben die Erben des E. in St. Blasien sich bis zum Betrage von 29142,80 ℳ (17000 Gulden) samtverbindlich erklärt für einen Kredit, welchen ihnen Bankier M. zusicherte. Von den Erben hat M. E. sich im Jahre 1875 mit K. verheiratet, eine andere Erbin war am 18. Januar 1874 bereits mit B. verehelicht. — M. klagt nun den Saldo aus dem Kontokorrentkredite gegen die Ehemänner K. und B. ein, von denen der erstere im Laufe des Prozesses gestorben ist. Beide Beklagte beriefen sich auf die Eheverträge mit ihren Ehefrauen, aus denen sich ergeben soll, daß sie für deren Schulden nicht zu haften haben. Es bestimmte nämlich

1. der am 20. Mai 1875 abgeschlossene Ehevertrag des K. in Art. 1, daß jeder der künftigen Ehegatten 100 ℳ in die eheliche Gütergemeinschaft einwerfe, dagegen alles übrige bewegliche und unbewegliche, gegenwärtige und künftige, durch unentgeltliche Rechtstitel anfallende

Vermögen der künftigen Eheleute von der Gemeinschaft ausgeschlossen bleiben solle; der Art. 2 giebt in Summen (jedoch ohne Inventar) den Betrag des beiderseitigen beweglichen Vermögens und der darauf lastenden Schulden an, und der Art. 3 bestimmt: Bei der Gemeinschaftsauflösung geschieht der Ersatz des beweglichen Beibringens nicht im Stücke, sondern nach dem im vorigen Artikel und künftigen Erwerbsurkunden bezeichneten Anschlage.

2. Der am 24. Mai 1871 errichtete Ehevertrag des B. enthält in Artt. 1 und 3 Inventare des beiderseitigen Einbringens und besagt in Art. 2: Zur Gütergemeinschaft wirft jeder der künftigen Ehegatten 100 Gulden ein, dagegen wird alles übrige beigebrachte und künftig zu erwerbende, liegende und fahrende Vermögen mit den etwa hierauf haftenden Schulden von der Gemeinschaft ausgeschlossen und für Liegenschaft erklärt. — Das Berufungsgericht führte aus, daß aus keinem dieser Eheverträge die Befreiung des Ehemannes von der Haftung für die eingeklagte Forderung sich ergebe, — und verurteilte auch die Erben des inzwischen verstorbenen K. zur Bezahlung der ganzen Forderung. Das Reichsgericht hat in letzterer Hinsicht das Urteil aufgehoben und die Erben nur zur Hälfte verurteilt, im übrigen aber die Revision zurückgewiesen, wenngleich die Haftung der Ehemänner aus teilweise anderen Gründen angenommen wurde. Diese Gründe, welche zugleich das weitere ergeben, besagen:

„1. Die Verbindlichkeit des K., die in die Ehe eingebrachte Bürgschaftsschuld seiner Ehefrau zu bezahlen, ist durch den Ehevertrag vom 20. Mai 1875 nicht ausgeschlossen. Es kann zwar den Revisionsklägern zugegeben werden, daß im Art. 1 dieses Ehevertrages die Schuldensonderung verabredet ist und daß dieses Geding, wenn ein Vermögensverzeichnis errichtet worden wäre, vom Ehemanne auch gegen die vorehelichen Gläubiger seiner Ehefrau geltend gemacht werden könnte. Das Berufungsgericht hat jedoch auf Grund des Art. 3 des Ehevertrages ohne Rechtsirrtum thatsächlich festgestellt, daß die Kontrahenten nicht die Absicht hatten, ihr Vermögen im Stücke von der Gütergemeinschaft auszuschließen. Hat aber diese die Gesamtheit des fahrenden Vermögens, welches die Ehegatten zur Zeit des Eheabschlusses besaßen, vorbehaltlich einstiger Abrechnung über den geschätzten Wert erworben, so ist die notwendige Folge hiervon, daß sie und daher der Ehemann, als deren Herr, auch die vorehelichen Schulden der Ehegatten zu be-

zahlen hat. — Es ist daher durch den Art. 3 die Wirkung der im ersten Artikel getroffenen Verabredung den Gläubigern gegenüber wieder aufgehoben worden, sodaß diese die Regeln der gesetzlichen Gütergemeinschaft, also der L.R.S. 1409 Ziff. 1 und 1410, für sich geltend machen können (L.R.S. 1528). — Die in erster Instanz ausgesprochene Verurteilung des K. erscheint daher gerechtfertigt.

Unbestritten ist nun aber durch den während des Rechtsstreites erfolgten Tod des K. die Gütergemeinschaft aufgelöst worden, und war diese Thatsache, auf welche der Anwalt des Klägers in zweiter Instanz im Schriftsatze vom 9. Juli 1881 selbst hingewiesen hatte, bei Erlassung des Berufungsurteiles zu berücksichtigen. — Arg. §. 491 C.P.O.

Die Revisionskläger wollen ihr in erster Linie die Folge beimessen, daß nunmehr, des Mangels eines Vermögensverzeichnisses bei Eingehung der Ehe ungeachtet, die Haftung der Gemeinschaft und folgeweise des Ehemannes nicht mehr in Anspruch genommen werden könne, da der Fall eingetreten sei, daß mit Auseinandersetzung der Gemeinschaft die Vermischung des Mobiliarvermögens der Ehegatten und der Gütergemeinschaft aufhöre. Diese Rechtsansicht ist zwar richtig, wie sie denn auch von der überwiegenden Mehrheit der Ausleger gebilligt und schon von Pothier — oeuvres tom. VIII Nr. 364 p. 239 — aufgestellt wird; allein, da, wie bereits ausgeführt wurde, durch den Art. 3 des Ehevertrages die im Art. 1 verabredete Schuldensonderung jedenfalls den Gläubigern gegenüber wieder aufgehoben worden ist, haftete diesen der Ehemann nach Maßgabe der L.R.S. 1409 Ziff. 1 und 1410 und nicht „par suite de la confusion entre le mobilier", und kommt deshalb L.R.S. 1510, mithin auch die angeregte Frage, gar nicht in Betracht.

Begründet erscheint dagegen der Vorwurf, daß das Berufungsgericht den L.R.S. 1485 nicht angewendet, sondern die Verurteilung auf den L.R.S. 1484 gestützt habe.

Da es sich hier unzweifelhaft um eine eigene Schuld der Ehefrau handelt, welche der Gemeinschaft zur Last gefallen war, so haftet der Ehemann bezw. dessen Erbe nach Auflösung der Gemeinschaft nur für die Hälfte derselben, wenn die Ehefrau sich deren teilhaftig macht. — Letzteres ist nicht behauptet worden, allein, abgesehen vom Falle des L.R.S. 1463, ist davon auszugehen, daß die Ehefrau an

der Gütergemeinschaft teilnehme, so lange nicht dargethan wird, daß sie unter Beobachtung der im Gesetze vorgeschriebenen Formen von der Rechtswohlthat der Entschlagung Gebrauch gemacht habe (L.R.S. 1450 flg.).

Insoweit als gegen die Bestimmung im L.R.S. 1485 die Verurteilung zum ganzen Betrage aufrecht erhalten worden ist, war demnach die Entscheidung aufzuheben und mußte auch in der Sache selbst, da sie spruchreif erscheint, sofort erkannt werden. — Dabei war dem in der Verhandlung gestellten Antrage, den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars in das Urteil aufzunehmen, welchem auch der Vertreter des Revisionsbeklagten sich nicht widersetzt hat, im Hinblicke auf L.R.S. 461 und §. 695 C.P.O. stattzugeben.

Auf die Kosten erster Instanz mußte diese teilweise Abänderung des Urteiles ohne Einfluß bleiben, weil diese auf einer erst nach dem erstinstanzlichen Urteile eingetretenen Thatsache beruht.

2. Die von B. eingelegte Revision erscheint dagegen unbegründet.

In dessen Ehevertrage ist zwar die Schuldensonderung verabredet und auch durch Beifügung eines Vermögensverzeichnisses deren Wirksamkeit gegen die Gläubiger gesichert; allein, wie sich aus L.R.S. 1409 Ziff. 1. 1414. 1418. 1498 ergiebt und in Doktrin und Rechtsprechung außer Zweifel steht, bezieht sich das Geding der Schuldensonderung nur auf die *vorehelichen* Schulden der Ehegatten, sowie auf Schulden, welche auf Erbschaften oder Schenkungen lasten, während betreffs der durch Rechtsgeschäfte während der Ehe kontrahierten Schulden die allgemeinen Regeln der gesetzlichen Gütergemeinschaft Platz greifen.

Da nun unbestritten die Ehefrau des B. die hier in Frage stehende samtverbindliche Bürgschaft während der Ehe mit Ermächtigung ihres Ehemannes (nämlich dieser für sie in deren Auftrage) übernommen hat, so ist derselbe dem Gläubiger auf Grund L.R.S. 1409 Ziff. 2. 1419 haftbar geworden.

Der Anspruch des Klägers, soweit es sich um die Samtverbindlichkeit der Ehefrau B. und ihres Ehemannes handelt, stützt sich auf den Vertrag vom 18. Januar 1874, welcher unbestritten während der Ehe eingegangen ist; daher kommt es auf den Ursprung der hiermit verbürgten Schuld nicht weiter an. Übrigens hat das Berufungsgericht auch thatsächlich festgestellt, daß es sich dabei nicht um einen Kredit handle, welcher bereits vor dem Jahre 1874 dem Vater der Ehefrau B.,

welchen diese während der Ehe beerbte, gewährt worden wäre. An dieser Feststellung scheitern die Ausführungen in der Revisionsinstanz, welche dahin gehen, daß die Schuld mit der der Ehefrau B. während der Ehe angefallenen väterlichen Erbschaft zusammenhänge."

---

90. 1. Ist nach den Grundsätzen des rheinischen Rechtes der Besitz eines Notweges possessorisch zu schützen?
2. Unter welchen Voraussetzungen erscheint der Anspruch auf Einräumung eines Notweges gesetzlich begründet?
3. Gewährt der Leinpfad einen Ausweg auf die öffentliche Straße, der jenen Anspruch ausschließt?

Art. 682 Code civil.

II. Civilsenat. Urt. v. 17. November 1881 i. S. Kr. (Bekl.) w. Rh. (Kl.) Rep. II. 68/81.

I. Friedensgericht Nerdingen.
II. Landgericht Düsseldorf.

Die klägerische im Banne von Bl. gelegene Wiese, von der es sich handelt, ist nach Süden, Norden und Westen von Privateigentum und zwar nach letzterer Richtung von dem Eigentume des Beklagten eingeschlossen, grenzt endlich nach Osten an den längs des Rheines sich hinziehenden Leinpfad. Als Zugang zu der fraglichen Wiese vom Dorfe aus hatte der Kläger, wie er behauptet, von jeher, einen über das Eigentum des Beklagten führenden Fahrweg benutzt, und erhob deshalb, als er im Frühjahre 1878 von letzterem in der Benutzung dieses Weges gehindert wurde, die Besitzstörungsklage bei dem Friedensgerichte zu N., zu deren Begründung er sich auf die Behauptung stützte, daß jener Weg für ihn einen Notweg bilde.

Von beiden vorigen Richtern, welche annahmen, daß die Voraussetzungen des Art. 682 Code civil im vorliegenden Falle nicht gegeben seien, ist die Klage abgewiesen. Auf eingelegten Kassationsrekurs wurde das zweite Urteil vernichtet, aus folgenden

Gründen:

„In Erwägung, daß das angegriffene Urteil eine Prüfung und Entscheidung der Frage, ob überhaupt der Besitz eines Notweges possessorisch zu schützen sei, nicht enthält, diese Frage daher auch hier nicht weiter in Betracht zu ziehen ist, im übrigen aber nach der übereinstimmenden rheinisch-französischen Doktrin und Rechtsprechung zu bejahen sein würde;

In Erwägung, daß die Zulässigkeit der erhobenen Klage dadurch bedingt ist, daß die Voraussetzungen des Art. 682 Code civil hier vorliegen, das Landgericht dies aber mit der Ausführung verneint hat, daß der Kassationskläger, dessen fragliche Wiese an den Leinpfad grenze, weder thatsächlich noch rechtlich behindert gewesen sei, sich des letzteren als Ausweges zur öffentlichen Straße zu bedienen,

daß die bezogene Ausführung jedoch auf einer unrichtigen Gesetzes-Auffassung beruht;

In Erwägung, daß ein Grundstück im Sinne des Art. 682 a. a. O. eingeschlossen ist, wenn dasselbe keinen für die Bewirtschaftung desselben ausreichenden und legalen Ausweg auf die öffentliche Straße hat;

daß es sich nun hier um den Leinpfad handelt, der als einen solchen Ausweg gewährend nicht angesehen werden kann;

In Erwägung, daß der Leinpfad zufolge gesetzlicher Vorschrift ausschließlich den Zwecken der Schiffahrt dient und mit Rücksicht auf seine Bestimmung den Anordnungen der Verwaltungsbehörde unterliegt, Ordonnance vom Monat August 1669 pour les eaux et forêts, tit. 28 Art. 7; Ges. vom 29. Floréal X, Dekret vom 22. Januar 1808 (Gräf, Sammlung Bd. 1 S. 56 und 475, Bd. 2 S. 638), Artt. 556 und 650 Code civil;

daß hieraus folgt, daß den Adjazenten, wenn sie auch Eigentümer des Grund und Bodens des Leinpfades sind, doch nicht mit dem Landgerichte das Recht eingeräumt werden kann, letzteren für ihre Grundstücke beliebig als Weg zu benutzen oder von anderen benutzen zu lassen, daß vielmehr eine solche Benutzung nur insoweit zulässig erscheint, als dieselbe, worüber die genannte Behörde zu entscheiden hat, mit der Bestimmung des Leinpfades vereinbar ist;

daß es rechtlich hieran auch nichts ändern könnte, wenn, wie das angegriffene Urteil annimmt, die fragliche Strecke des Leinpfades zur Zeit

nur noch selten der Schiffahrt dienen und von den Adjazenten vielfach als Fahrweg zur öffentlichen Straße benutzt sein sollte;

daß nicht festgestellt ist, daß der Kassationskläger zur Bewirtschaftung der hier fraglichen Wiese jemals den Leinpfad benutzt hat, und jedenfalls die Annahme der bloßen Möglichkeit, daß eine solche Benutzung durch die Adjazenten geduldet sein würde, nicht ausreichen konnte, die Anwendung des Art. 682 a. a. O. im gegenwärtigen Falle auszuschließen;

In Erwägung, daß endlich das amtliche Schreiben des Wasserbauinspektors H. vom 27. Juni 1878 vorliegt, dessen Inhalt dahin geht, daß die fragliche Strecke des Leinpfades von der Strombauverwaltung angelegt und ausgebaut ist, daß dieselbe nur zu den Zwecken der Schiffahrt befahren werden darf, und Zuwiderhandelnde strafgerichtlich verfolgt werden sollen;

daß in dem bezogenen Schreiben, welches nicht erkennen läßt, daß die Anlage des Leinpfades erst in jüngster Zeit geschehen sei, allerdings nicht, wie das Landgericht hervorhebt, auf ein spezielles, polizeiliches Verbot Bezug genommen ist, aus demselben auch Entschädigungsansprüche gegen die Verwaltung nicht hergeleitet werden können;

daß es aber nach dem Vorstehenden keiner weiteren Ausführung bedarf, daß es auf das eine und andere Moment hier nicht ankam, aus dem bezogenen Schreiben vielmehr zur Genüge sich ergiebt, daß das Befahren des Leinpfades seitens der Adjazenten in der Zeit vor der am 18. März 1878 angestellten Klage nicht gestattet war;

daß nach all diesem das Landgericht aus rechtlich unzutreffenden Gründen zu der Annahme gelangt ist, daß die Voraussetzungen des Art. 682 Code civil hier nicht gegeben seien, und deshalb die Berufung gegen das die Klage abweisende erste Erkenntnis mit Unrecht verworfen hat." . . .

---

91. Ist die Übereinkunft, welche der Schuldner einer Geldsumme mit dem Gläubiger dahin trifft, daß dieselbe Zinsen tragen, letztere aber alljährlich zum Kapitale geschlagen und wieder verzinst werden sollen, mit der Vorschrift des Art. 1154 Code civil vereinbar?

II. Civilsenat. Urt. v. 9. Dezember 1881 i. S. S. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 406/81.

I. Landgericht Mainz.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

In einem Privatakte vom 11. Mai 1866 erklärte S., Gutsbesitzer zu O., daß er zufolge Abrechnung vom 1. Mai 1857 dem Sch., bezw. dessen Ehefrau aus einem Kelleranschlage, Ackerpacht und Darlehn, sowie den vertragsmäßig hinzugekommenen Zinsen die Summe von 2794 fl. 17 kr. schuldig geworden sei, und, da es ihm nicht möglich gewesen, Zahlungen zu leisten, mit den Eheleuten Sch. das Übereinkommen getroffen habe, daß dieser Betrag wieder Zinsen tragen solle, und alljährlich die Zinsen ohne weiteres zum Kapital geschlagen und selbst wieder verzinst werden sollten; daß er hiernach nunmehr seinen genannten Gläubigern, denen alle ihnen seither zustehenden Rechte vorbehalten blieben, zufolge geschehener Berechnung die Summe von 4334 fl. 49 kr. mit weiteren Zinsen vom 1. Mai 1866 an zu verschulden bekenne.

Zugleich stellte sich in dem genannten Akte J. S., Landwirt zu S., als für die anerkannte Forderung nebst Zubehör mit dem Hauptschuldner samtverbindlich und als Selbstzahler dar.

Der von dem Gläubiger gegen letzteren erhobenen Klage, welche Zahlung eines Betrages von 12 762,22 ℳ nebst weiteren Zinsen vom 1. Mai 1879 forderte, setzte der Beklagte die Einrede der fünfjährigen Zinsenverjährung entgegen, und machte geltend, daß letztere durch die Übereinkunft vom 11. Mai 1866 nicht ausgeschlossen werde.

Dieser Verteidigung des Beklagten gemäß wurde, in Übereinstimmung mit dem ersten Richter, gegen die Annahme des Oberlandesgerichtes vom Reichsgerichte erkannt aus folgenden

Gründen:

„Das Oberlandesgericht führt aus, daß die Stipulation in dem Vertrage vom 11. Mai 1866, wonach die Zinsen der anerkannten Schuldsumme alljährlich berechnet, aber ohne weiteres zum Kapital geschlagen, wieder Zinsen tragen sollten, die Wirkung habe, daß die Zinsen zu Kapital würden, die Fälligkeit desselben teilten und der

Verjährung des Art. 2277 Code civil entzogen seien; das Oberlandesgericht nimmt ferner an, daß eine solche Stipulation schon nach Art. 1154 Code civil ausdrücklich erlaubt sei, gegenwärtig aber, nachdem letzterer durch das die Zinsbeschränkungen beseitigende Reichsgesetz aufrecht erhalten worden, nicht weniger als rechtlich zulässig angesehen werden müsse. Dieser Annahme kann indeß nicht beigepflichtet werden, und ist vielmehr eine Vertragsbestimmung der hier vorliegenden Art mit der Vorschrift des Art. 1154 a. a. O. als unvereinbar zu erachten.

Hierfür spricht zunächst die Entstehungsgeschichte desselben. Wie im römischen Rechte, so war auch im alten französischen Rechte der Anatozismus, mochte es sich um bereits verfallene oder künftige Zinsen handeln, grundsätzlich verboten. In Übereinstimmung hiermit sprach denn auch das Projekt des Art. 51 Code civil in dessen erstem Absatze aus: „il n'est point dû d'intérêts-d'intérêts", und es enthielten sodann die Abs. 2 und 3 eine im wesentlichen dem Art. 1155 Code civil entsprechende Bestimmung. Bei der Beratung im Staatsrate wurde demnächst die Frage erörtert, ob nicht verfallene Zinsen (intérêts échus „liquidés") durch eine Klage oder neue Übereinkunft wieder sollten Zinsen tragen können, und diese Frage ist mit der Beschränkung, daß es sich dabei um erfallene Zinsen von wenigstens einem Jahre handeln müsse, bejaht. In diesem Sinne ist dann der Art. 1154 redigiert und Gesetz geworden. Vgl. Fenet, Bd. 13 S. 11. 61 flg. 236; Marcadé, Bd. 4 S. 428 und Demolombe, Bd. 24 S. 643. Für die Zulässigkeit einer Vertragsklausel, durch welche im voraus bestimmt wird, daß künftig erfallende Zinsen zum Kapital geschlagen werden und wieder Zinsen tragen sollten, ist in jener legislatorischen Beratung keinerlei Anhaltspunkt zu finden. Der Art. 1154 a. a. O. hat hiernach die Bedeutung, daß er das seit den ältesten Zeiten bestehende und von ihm nicht grundsätzlich aufgehobene Verbot des Anatozismus insoweit beschränkt, daß es gestattet ist, Zinsen, die wenigstens von einem Jahre rückständig sind, im Wege der Klage oder der vertraglichen Übereinkunft Zinsen tragend zu machen.

Damit stimmt denn auch der Wortlaut des Gesetzes völlig überein.

Der Art. 1154 spricht von „intérêts échus" — im Gegensatze zu intérêts à échoir —, d. h. von Zinsen, die verfallen sind, wenn der

Rechtsakt, der sie zinstragend macht, eintritt; als solche Rechtsakte stellt derselbe Klage und Vertrag in gleicher Linie nebeneinander, und geht, wie sich das klar aus der Fassung des Art. 1155 ergiebt, von dem Gedanken aus, daß die Zinseszinsen vom Tage der Klage oder der Übereinkunft laufen, sodaß es keinem irgend begründeten Zweifel unterliegen kann, daß das Gesetz lediglich einen der Fälligkeit nachfolgenden Vertrag im Auge hat.

Zu dieser Annahme führt dann weiter auch die ratio legis, welche in dem Satze: „ne debitor usuris obruatur" ihren Ausdruck findet. Auf dieser ratio, welche den Schuldner gegen das durch die Anhäufung der Zinsen bewirkte übermäßige Anwachsen der Schuld schützen will, beruht zunächst die fünfjährige Verjährung des Art. 2277 a. a. O., und greift dieselbe ganz besonders, da durch das Berechnen von Zinseszinsen jenes Anwachsen in gesteigerter Progression eintritt, bei der Frage des Anatozismus Platz. Den ruinösen Folgen desselben ist aber, wie erhellt, ein Schuldner, der sich einer Stipulation der hier fraglichen Art unterworfen und damit auf Tilgung der einzelnen Zinsbeträge und Anrufung des Art. 2277 verzichtet hat, im vollsten Maße preisgegeben, während sich die Lage des Schuldners, dem das Gesetz zu Hilfe kommen will, wesentlich günstiger gestaltet, wenn man den Art. 1154 a. a. O. in dem vorstehend entwickelten Sinne auffaßt. Ein lehrreiches praktisches Beispiel liefert in dieser Beziehung der gegenwärtige Fall selbst, wo die Schuld, von der es sich handelt, am 1. Mai 1857 „2794" Gulden betrug und mit Berechnung von Zinseszinsen bis zum 1. Mai 1879 auf den Betrag von „12 762 ℳ" angewachsen ist. Das Oberlandesgericht sucht nun zwar auszuführen, daß dem wiederholt bestätigten Vertragswillen der Parteien gegenüber jene ratio die Gültigkeit der fraglichen Stipulation nicht ausschließen könne, übersieht aber dabei, daß letztere gegen eine auf Gründen der öffentlichen Wohlfahrt beruhende Gesetzesvorschrift verstößt.

Das Oberlandesgericht hat nun seine entgegengesetzte Annahme, daß die Vertragsbestimmung, welche hier in Frage steht, nach Art. 1154 gestattet sei, nicht näher motiviert, kann sich aber darauf berufen, daß es sich mit einem Teile der Rechtslehrer, sowie der herrschenden Praxis der Gerichte in Frankreich in Übereinstimmung befindet. Vgl. Aubry & Rau, Bd. 4 S. 110 Note 38. Die Gründe aber, welche zur Unter-

stützung dieser Ansicht angeführt worden: daß es nach Art. 1130 Code civil gestattet sei, über künftige Gegenstände zu kontrahieren, daß der Art. 1154 nur den Zweck habe, das Zinsennehmen von Zinsen, die von weniger als einem Jahre rückständig seien, auszuschließen, eine Stipulation der vorliegenden Art auch überhaupt nicht gegen denselben verstoße, da es sich dabei auch um Zinsen von erfallenen Zinsen handle; — daß es dem Vertragswillen der Parteien anheimgegeben sein müsse, im einzelnen Falle die Zinsen zum Kapitale zu schlagen, unter welcher Voraussetzung dann nur von der dreißigjährigen Verjährung die Rede sein könne, — vermögen dem ausgeführten gegenüber nicht als überzeugend zu gelten. Auch der Hinweisung darauf, daß nach dem Rechte des Code civil — Art. 1907 — die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen gesetzlich nicht beschränkt gewesen, ist eine Bedeutung schon um deswillen nicht beizulegen, weil die legislatorischen Gründe, welche die Freigebung des vertragsmäßigen Zinsfußes rechtfertigen, nicht zugleich auch mit Notwendigkeit die unbeschränkte Zulassung des Anatozismus bedingen. Die meisten neueren französischen Schriftsteller, Demolombe, Bd. 24 Nr. 646 flg., Demante, Bd. 5 S. 106 flg., ferner Laurent, Bd. 16 Nr. 338 flg., — vgl. Puchelt, Zeitschr. Bd. 11 S. 240 — sodann Zachariä-Puchelt, Bd. 2 S. 318 Nr. 38, Behaghel, Bad. bürgerl. Recht Bd. 2 S. 26, sprechen sich gegen die Zulässigkeit einer Vertragsbestimmung, wie sie hier in Frage steht, aus — und in diesem Sinne wird auch von den rheinpreußischen Gerichten erkannt (vgl. Rheinisches Archiv, Bd. 55 II. S. 91 und Bd. 63 I. S. 198).

Was endlich das Bundesgesetz vom 14. November 1867 angeht, welches späteren Datums, als der hier fragliche Vertrag vom 11. Mai 1866 ist, so überläßt dasselbe die Höhe der vertragsmäßigen Zinsen der freien Vereinbarung; es bleiben aber — §. 4 — in betreff der Zinseszinsen die bestehenden privatrechtlichen Bestimmungen unverändert. Aus diesem Gesetze ist also für die Auffassung des Oberlandesgerichtes irgend eine Unterstützung nicht herzuleiten.

Nach all diesem erscheint die in Frage stehende Vertragsbestimmung rechtlich unwirksam. Wesentlich verschiedener Art würde allerdings eine Klausel sein, die einfach dahin lautete, daß, wenn der Schuldner an dem festgesetzten Tage die Zinsen nicht pünktlich entrichte, er kraft des Vertrages im Verzuge sich befinden und Zinsen derselben zu

zahlen verpflichtet sein solle; die rechtliche Bedeutung einer solchen Klausel ist aber hier nicht zu erörtern."

---

92. Steht dem im Kollationsverfahren angewiesenen Hypothekengläubiger ein gesetzlicher Anspruch auf Zinsen aus der Verteilungsmasse für die Dauer des Verfahrens zu?

Artt. 757. 767 u. 770 Code de proc.

II. Civilsenat. Urt. v. 10. Januar 1882 i. S. der Firma H. & K. (Kl.) w. die Kölner Gewerbebank (Bekl.). Rep. II. 121/80.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch notariellen Akt vom 21. November 1873 hat H. L. zur Sicherheit eines von der Kölner Gewerbebank dem Cl. L. eröffneten Kredits zwei Häuser zum Unterpfande bestellt, und zwar, wie es in dem Akte heißt, die hypothekarische Einschreibung bis zur Höhe von 3000 Thlr. bewilligend. Nachdem die Zwangsversteigerung der Häuser stattgefunden hatte, wurde über den Erlös derselben das Kollokationsverfahren eröffnet und erhielt die genannte Gläubigerin in dem vorläufigen Verteilungsplane eine Anweisung für die Hauptsumme von 9000 ℳ, sodann für Zinsen vom 1. Januar 1875 bis zum Schlusse des Verfahrens.

Hiergegen erhob die Firma H. & K. Einspruch, und verordnete der erste Richter, indem er annahm, daß der Gewerbebank ein hypothekarischer Anspruch nur bis zur Höhe von 9000 ℳ zustehe, dieselbe daher zu einer Anweisung von Zinsen nicht berechtigt sei, die Streichung des genannten zweiten Postens. Auf die Berufung der Gläubigerin hat das Oberlandesgericht teilweise abändernd erkannt und derselben Zinsen vom Tage der Produktion im Kollokationsverfahren bis zum Schlusse desselben zugesprochen. Der gegen diese Entscheidung eingelegte Kassationsrekurs ist vom Reichsgerichte verworfen aus folgenden

Gründen:

„In Erwägung, daß die Zinsen, welche der Kassationsbeklagten in dem provisorischen Verteilungsplane angewiesen waren, doppelter Natur sind, zunächst solche, welche auf Grund des Schuldtitels gefordert wurden und der Vorschrift des Art. 2251 Code civil unterlagen, sodann Zinsen, welche während des Kollokationsverfahrens liefen und in den Artt. 757. 767. 770 Code de proc. ihre gesetzliche Begründung fanden;

daß die ersteren vertragsmäßige Zinsen sind, die letzteren dagegen als kompensatorische bezw. Verzugszinsen sich charakterisieren, welche dem Gläubiger dafür gebühren, daß er während des Verfahrens, dessen Dauer von ihm nicht abhängig ist, des Genusses der ihm zukommenden Kapitalsumme entbehrt;

daß aus dem Umstande, daß der Kassationsbeklagten eine Anweisung für vertragsmäßige Zinsen hier abgesprochen ist, unbedenklich nicht folgt, daß derselben nun auch Zinsen der letztgenannten Art, welche wesentlich verschiedener Natur sind, nicht zuerkannt werden dürften;

daß auch von dem Erfordernisse einer Inskription für die genannten Zinsen nicht die Rede sein kann, da mit der Adjudikation die Lage der hypothekarischen Gläubiger fixiert ist, und das dingliche Recht derselben in einen Anspruch auf den im Kollokationsverfahren zu verteilenden Preis sich verwandelt, als dessen gesetzliches Accessorium jene Zinsen sich darstellen;

daß der Anspruch des Hypothekargläubigers auf Zinsen während des Kollokationsverfahrens in Rechtslehre und Praxis ganz allgemein anerkannt und namentlich auch angenommen ist, daß die Anmeldung der Forderung — la demande en collocation, Art. 754 a. a. O. —, da es sich hier um ein gerichtliches Verteilungsverfahren handelt, als eine demande judiciaire im Sinne des Art. 1153 Code civil anzusehen sei;

daß hiernach dem Oberlandesgerichte eine Verletzung der bezogenen Gesetzesvorschriften ebensowenig als eine Verkennung der Bedeutung des Aktes der Produktion zur Last fällt, die Rekursschrift endlich auch übersieht, daß hier Zinsen in Frage stehen, die den Gläubigern gesetzlich aus der zu verteilenden Masse anzuweisen sind." . . .

93. Kann der Kläger, wenn gegen seine auf Erfüllung eines doppelseitigen Vertrages gerichtete Klage die Einrede aus L.R.S. 1184 vorgeschützt worden ist, noch in der Berufungsinstanz die Erfüllung anbieten?

II. Civilsenat. Urt. v. 7. März 1882 i. S. R. (Kl.) w. v. W. (Bekl.) Rep. II. 482/81.

I. Landgericht Freiburg.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Kläger ist Renteiverwalter des Beklagten, er weigert sich, die Verwaltung eines Gutes zu führen, welches der letztere nach dem Anstellungsvertrage erst gekauft hatte. Beklagter nahm ihm deshalb die Verwaltung ab, worauf Kläger auf Fortentrichtung des Gehaltes klagte; Beklagter wendete ein, daß Kläger selbst die Vertragserfüllung verweigert habe. Die erste Instanz wies die Klage ab, weil sie den Vertrag dahin auslegte, daß Kläger allerdings auch zur Verwaltung des fraglichen Gutes verpflichtet sei. Kläger legte Berufung ein und erklärte sich eventuell bereit, diese Verwaltung zu übernehmen. Das Berufungsgericht erklärte dieses Anerbieten für verspätet. Das Urteil wurde aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger hat in zweiter Instanz fürsorglich, d. h. für den Fall, daß seine Auslegung der Verträge vom 19. April 1864 und 13./14. Juni 1867, für welche in der That auch erhebliche Gründe sprechen, für unrichtig befunden werden sollte, die Erfüllung durch Übernahme der Verwaltung des Gutes K. angeboten. Dieses Erbieten ist nicht das Nachsuchen einer Frist zur nachträglichen Erfüllung, welche der Richter — auch von Amts wegen — gewähren oder abschlagen kann, sondern es ist der wirklichen Erfüllung (Realoblation) gleich zu achten, da es nur noch vom Willen des Beklagten abhängt, den Kläger wieder in die Verwaltung eintreten zu lassen. Mit Unrecht wurde diese Replik der Erfüllung für verspätet erklärt.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die Auflösung des Vertrages auf Grund von L.R.S. 1184 im Wege der Einrede gegen eine auf Haltung des Vertrages gerichtete Klage geltend gemacht werden könne;

ferner, ob nach den Feststellungen in erster und zweiter Instanz der Beklagte überhaupt diese Einrede vorgeschützt habe oder nicht vielmehr die davon wesentlich verschiedene Einrede des nicht erfüllten Vertrages (exceptio doli generalis, vergl. L.R.S. 867. 1612. 1613. 1653. 1749. 1948. 1134 und Urteil des Reichsgerichtes vom 16. November 1880 in der badischen Sache Lorenz gegen Holz). Nimmt man auch an, es sei in zulässiger Weise die Einrede aus L.R.S. 1184 vorgetragen worden, so ist doch immerhin daran festzuhalten, daß diese Einrede nicht, wie die einer ausdrücklich vereinbarten auflösenden Bedingung entnommene, darauf beruht, daß der Vertrag durch den Eintritt der Bedingung aufgelöst sei, sondern daß sie nur den Anspruch zum Gegenstande hat, daß der Richter (durch Abweisung der auf Erfüllung gerichteten Klage) den Vertrag für aufgelöst erkläre, daß mithin der Vertrag so lange fortbesteht, bis er durch rechtskräftiges Urteil für aufgelöst erklärt worden ist. (Vgl. Demolombe, Bd. 25 Nr. 513. 514. 515. 517 und Laurent, principes Bd. 17 S. 151 Nr. 135.) — Es kann deshalb der Ausführung des Berufungsgerichtes nicht beigepflichtet werden, daß es sich bei diesem Anerbieten nur noch um den Abschluß eines neuen, nicht mehr um den Vollzug eines geschlossenen, aber bereits aufgehobenen Vertrages handeln könne. Weil der Vertrag fortbesteht so lange ihn nicht das rechtskräftige Urteil aufgelöst hat, kann der Kläger — sofern dies noch nach der prozessualen Sachlage statthaft erscheint — der Einrede mit der Replik begegnen, daß er nunmehr erfülle, es müßte denn, was hier nicht feststeht, die Erfüllung nur zu einem bestimmten, bereits abgelaufenen Zeitpunkte möglich oder annehmbar gewesen sein.

Daraus, daß eine Einrede peremtorisch wirkt, folgt nicht, daß sie nicht durch eine Replik entkräftet werden könne und L.R.S. 1184, welcher den Richter ermächtigt, nach erhobener Klage bis zum Urteile (nach der Ansicht mancher Ausleger noch im Urteile) eine Frist zum Vollzuge zu gestatten, kann nicht dahinausgelegt werden, daß schon dadurch, daß dieser Satz zu einer Einrede benutzt worden, dem Kläger das Recht zur nachträglichen Erfüllung benommen sei. Diese Replik der Erfüllung gewinnt vielmehr gerade in einem Falle der vorliegenden Art Bedeutung, wenn die Parteien über den Umfang der Vertragspflicht uneinig sind und der Teil, welcher zunächst die Frage zum Austrage gebracht wissen will, ob er zu der von ihm geforderten Leistung verpflichtet sei,

für den Fall der Bejahung dieser Frage, auch diese weitere Leistung real anbietet.

Der Vertreter des Revisionsbeklagten hat in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, daß nach L.R.S. 1142 der Kläger überhaupt nicht Erfüllung, sondern nur noch Schadensersatz begehren könne. Dies ist jedoch aus mehrfachen Gründen, insbesondere schon um deswillen irrtümlich, weil Kläger kein „Thun", sondern ein „Geben" zu fordern hat."

V. Prozeßrecht.

94. Ist der Revision gegen ein Urteil des Berufungsrichters, durch welches die Sache zur Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen wird, zulässig?

III. Civilsenat. Urt. v. 9. Dezember 1881 i. S. Holsteinische Marschbahngesellschaft (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. III. 490/81.

I. Landgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Kläger verlangt von der Beklagten Anlegung einer neuen Viehtränke und Entschädigung wegen Verzögerung der Anlegung. Letztere Forderung hat der erste Richter durch Teilurteil aus sachlichen Gründen zurückgewiesen. In zweiter Instanz erhob Beklagter die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Dieselbe ist vom Berufungsrichter verworfen, und das erste Urteil dahin geändert, daß die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über den Entschädigungsanspruch in die erste Instanz zurückverwiesen wird. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt.

Die Revision ist, soweit sie die Unzulässigkeit des Rechtsweges rügt, zugelassen, jedoch als unbegründet zurückgewiesen. Der Betrag des Entschädigungsanspruches erreicht nicht die Revisionssumme.

Aus den Gründen:

„Nach §. 507 C.P.O. findet die Revision gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteile statt, und zwar nach §. 509 ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerde-

gegenstandes, insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtsweges handelt. Letztere Bedingung für die Statthaftigkeit der Revision liegt hier unbedenklich vor. Es muß aber auch erstere als vorhanden angenommen werden.

Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges gehört nach C.P.O. §. 247 Abs. 2 Ziff. 2 zu den prozeßhindernden. Da die Partei auf dieselbe nicht wirksam verzichten kann, durfte die Beklagte gemäß §. 490 a. a. O. sie auch noch in zweiter Instanz vorschützen. In betreff des Verfahrens giebt letztgedachtes Gesetz dem Berufungsrichter die Befugnis, eine abgesonderte Verhandlung über die Einrede anzuordnen. Der Umstand, daß der Berufungsrichter von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht, also nicht ein Zwischenurteil erlassen hat, bildet an sich kein Hindernis für die Zulässigkeit der Revision, sofern das Urteil, gegen welches der Angriff gerichtet wird, ein Endurteil ist.

Im vorliegenden Falle geht der Ausspruch des zweiten Richters dahin, daß die Sache zur Entscheidung an das Landgericht in A. zurückzuverweisen ist. Der Berufungsrichter will also nicht selbst weiter in der Sache verhandeln und entscheiden, sondern schließt durch sein Urteil das Verfahren in zweiter Instanz ab. Eine derartige Entscheidung ist ein Endurteil, welches für und gegen die Prozeßparteien formelle Rechtskraft erzeugt, sofern es nicht durch die gegebenen Rechtsmittel angegriffen und in der höheren Instanz geändert wird.

Die Definition von Endurteilen, welche die Motive zur C.P.O. S. 297 dahin geben:

> „diejenigen Urteile, durch welche ganz oder teilweise über den Klagantrag als solchen entschieden, und somit der Rechtsstreit selbst erledigt wird",

ist keine den Begriff völlig erschöpfende (vergl. C.P.O. §§. 248. 276. 562). Sie trifft hier jedenfalls insoweit zu, als der durch die Berufung vor den zweiten Richter gebrachte Rechtsstreit von dem erlassenen Urteile erledigt ist.

Die sonach an sich zulässige Revision betrifft, da kein revisibler Gegenstand vorliegt, gemäß C.P.O. §. 509 nur die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges (vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 3 S. 422). Daß der Berufungsrichter durch unrichtige Anwendung der C.P.O. §. 500 Nr. 3 zur Zurückweisung der Sache

in die erste Instanz gelangt ist, entzieht sich deshalb der Remedur durch das Reichsgericht." . . .

95. Unterliegt ein Urteil, welches auf dem Gutachten eines Sachverständigen beruht, der nur als Zeuge vereidigt ist, der Vernichtung?

I. Civilsenat. Urt. v. 16. November 1881 i. S. K. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. I. 602/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 1 S. 1 abgedruckt.

96. Gutachten des Patentamtes in Patentstreitigkeiten. Wie verhält sich §. 18 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 zu den Vorschriften der C.P.O. über den Beweis durch Sachverständige? [1]

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Dezember 1881 i. S. R. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 418/81.

I. Landgericht Leipzig.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Der Beklagte, wegen Verletzung eines Maschinenpatentes in Anspruch genommen, bestritt die Gleichartigkeit der von ihm benutzten und der dem Kläger patentierten Maschine. Hierüber war das Gutachten des Patentamtes eingeholt worden. Das Patentamt hatte sein Gutachten in Form schriftlicher Rückäußerung an das Prozeßgericht abgegeben. Auf Grund dieses Gutachtens wurde der Einwand des Be-

[1] Vgl. Komm. z. C.P.O. ꝛc: Petersen Bd. 2 S. 222 unter 2a; Seuffert, S. 440 zu §. 372 unter 1a; Gaupp, Bd. 2 S. 312, S. 317 unter II; Hellmann Bd. 2 S. 261 Nr. 3; Struckmann u. Koch, 3. Aufl. S. 350 zu §. 372 Anm. 2; ferner Komm. z. d. Patentges. Klostermann, S. 216; Gareis, S. 190 flg.; Dambach, S. 49 flg.; Rosenthal, in Bezold's Gesetzgeb. d. D. Reichs 3. Thl. Strafrecht Bd. 3 S. 227. D. E.

klagten zurückgewiesen. In der Revisionsinstanz wendete der Beklagte ein: Damit seien die civilprozessualen Vorschriften über den Beweis durch Sachverständige verletzt. Die C.P.O. kenne nur Gutachten physischer Personen, nicht aber Gutachten von Behörden. Namentlich finde sich eine dem Abs. 3 des §. 83 St.P.O. entsprechende Bestimmung nicht in der C.P.O., welche letztere den §. 18 des Patentgesetzes abgeändert habe. Nur die Mitglieder des Patentamtes dürften in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten persönlich als Sachverständige vernommen, sie müßten aber alsdann vereidet oder doch auf den geleisteten Amtseid verwiesen werden. Das gegenwärtige Gutachten sei ohne Berufung auf einen etwa für die Erstattung von Gutachten im allgemeinen geleisteten Eid abgegeben.

Das Reichsgericht verwarf diesen Angriff.

Aus den Gründen:

„Angenommen auch, die C.P.O. schließe die Einholung von Gutachten bei Fachbehörden grundsätzlich aus, so würden doch für eine Patentstreitigkeit, wie sie hier vorliegt, andere Regeln gelten. Nach §. 18 des Patentgef. sind die Gerichte ermächtigt, das Patentamt um die Begutachtung von Fragen, welche Patente betreffen, anzugehen; und selbstverständlich darf dann auch die Entscheidung der Sache auf das Gutachten des Patentamtes gestützt werden. Die Behörde als solche („das Patentamt") ist es, welche gemäß §. 18 Gutachten abzugeben hat. Von den Mitgliedern des Patentamtes spricht das Gesetz nicht. Eine persönliche Vernehmung der Mitglieder nach den Vorschriften der C.P.O. findet somit nicht statt. Vielmehr erfolgt die gutachtliche Äußerung des Patentamtes in der für die schriftlichen Erlasse der Behörde angeordneten Form. Am allerwenigsten können dabei die Bestimmungen der C.P.O. über die Vereidung von Sachverständigen zur Anwendung kommen. Da die Begutachtung von Patentfragen zu den Dienstobliegenheiten des Patentamtes gehört, so wird die Pflichtmäßigkeit des einzelnen Gutachtens durch den Diensteid verbürgt, welchen die an dem Gutachten Beteiligten vor dem Dienstantritte geleistet haben (§. 3 des Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten v. 31. März 1873). Daß übrigens die Bestimmung in Satz 1 §. 18 des Patentgef. sich nicht allein auf Strafsachen, sondern vornehmlich auch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten bezieht, erhellt — ganz abgesehen noch von der allgemeinen Fassung des Gesetzes selbst — zweifellos aus den Motiven

zu §§. 20. 21 des Entwurfes. Hier wird ausdrücklich hervorgehoben: Der Entwurf gehe davon aus, daß Streitigkeiten über die Verletzung eines Patentrechtes vor die ordentlichen Gerichte gehören. Letztere seien durchaus in der Lage, in solchen Streitigkeiten die Entscheidung zu treffen. Es könne nur darauf ankommen, den Gerichten die Gelegenheit zu gewähren, über die technischen Fragen, welche möglicherweise in den Streit verflochten sind, sich schnell und in maßgebender Weise zu unterrichten; der Entwurf gestatte ihnen, zu dem Behufe von dem Patentamte Gutachten einzuholen (Reichstagsverhandl. 1877 Sess. I. Bd. 3 S. 24). Endlich läßt sich auch nicht behaupten, daß §. 18 des Patentges. durch die C.P.O. abgeändert sei. Das Patentgesetz hat zwar vor der C.P.O. verbindliche Kraft erhalten, ist aber erst später als diese erlassen und verkündigt worden. Jedenfalls enthält §. 18 des Patentges. eine besondere, für Streitigkeiten über Patentverletzungen geltende prozeßrechtliche Vorschrift, welche nach §. 13 Abs. 1 des Einf.-Ges. z. C.P.O. durch letztere nicht berührt werden würde." ...

---

97. Kann in Fällen, wo die Beschwerde zugleich die Hauptsache und den Kostenpunkt betrifft, dieselbe in letzterer Beziehung zulässig sein, wenn sie in erster Beziehung unzulässig ist?

C.P.O. §. 94.

II. Civilsenat. Beschl. v. 24. Januar 1882 i. S. P. (Kl.) w. E. (Bekl.) Beschwerde-Rep. II. 4/82.

I. Landgericht Barmen.
II. Oberlandesgericht Köln.

Das Landgericht zu B. setzte in seinem Kostenfestsetzungsbeschlusse den Wert des Streitgegenstandes nicht auf 145 000 ℳ, wie beantragt war, sondern auf 2000 ℳ fest und strich eine in Ansatz gebrachte Vollstreckungsgebühr.

Auf Beschwerde des Rechtsanwaltes D. bewilligte das Oberlandesgericht letztere Gebühr, wies aber im übrigen die Beschwerde ab und legte dem Beschwerdeführer sämtliche Kosten zur Last.

Hiergegen weitere Beschwerde des Rechtsanwaltes D., welche sich

sowohl gegen die Entscheidung in der Hauptsache, als im Kostenpunkte richtete. Sie wurde verworfen aus folgenden

Gründen:

„Betreffs der Hauptsache liegt ein neuer Beschwerdegrund nicht vor, es war daher die weitere Beschwerde nach §. 531 Abs. 2 C.P.O. als unstatthaft zu verwerfen.

Was den Kostenpunkt anbelangt, so ist hier allerdings ein neuer selbständiger Beschwerdegrund im Sinne des §. 531 a. a. O. anzunehmen, allein es hat §. 94 C.P.O. Anwendung zu finden, welcher bestimmt, daß die Anfechtung der Entscheidung im Kostenpunkte unzulässig sei, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt werde. Diese allgemeine Bestimmung gilt ohne Zweifel auch für das Rechtsmittel der Beschwerde. Unerheblich erscheint es, daß in vorliegendem Falle formell zugleich die Entscheidung in der Hauptsache angefochten wurde, denn es kann nicht gestattet sein, das Gesetz, welches will, daß der Kostenpunkt für sich allein nicht anfechtbar sein solle, dadurch zu umgehen, daß man, bloß der Form wegen, auch in der Hauptsache ein Rechtsmittel einlegt, welches das Gesetz nicht zuläßt. Wenn §. 94 a. a. O. von „Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache" spricht, so setzt er selbstverständlich ein Rechtsmittel, welches gesetzlich zulässig ist, voraus."

---

98. Gilt der Grundsatz, daß wegen des Kostenpunktes allein Berufung nicht statthaft sei, auch für das Verfahren in Patentsachen?

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Dezember 1881 i. S. Oberschlesische Bahn (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. II. 146/81.

I. Kaiserliches Patentamt.

Der Antrag der Oberschles. Bahn, das Patent des Sch. für nichtig zu erklären, wurde abgewiesen, jedoch in Auslegung des Patentes demselben eine Fassung gegeben, welche jede Beschwerde der Antragstellerin beseitigte, und die Antragstellerin in sämtliche Kosten verurteilt. Gegen

letztere Entscheidung erhob sie Berufung, welche als unzulässig verworfen wurde aus folgenden

Gründen:

„Das Prinzip, daß die Entscheidung über den Kostenpunkt für sich allein nicht Gegenstand der Berufung sein könne, war schon im nordd. Entwurfe (§. 743) ausgesprochen. Es ging in den Entwurf der deutschen Civilprozeßordnung (§. 92) über und wurde ohne jede Beanstandung in diese aufgenommen (§. 94). Daß sich das Patentgesetz vom 25. Mai 1877 von diesem anerkannten Prinzipe entfernen und die Berufung in weiterem Umfange als die Civilprozeßordnung zulassen wollte, läßt sich nicht annehmen; umsoweniger als jenes Gesetz sichtlich bestrebt ist, das Verfahren in Patentsachen mit den allgemeinen Bestimmungen der Civilprozeßordnung möglichst in Übereinstimmung zu bringen (vgl. §. 14 Abs. 4. §. 15 Abs. 2. §. 29).

Die auf die Berufung bezüglichen Bestimmungen in §. 32 des Patentgesetzes stehen der vorerörterten Ansicht nicht entgegen, unterstützen sie vielmehr nicht unwesentlich, indem bei Bezeichnung der Entscheidungen des Patentamtes, gegen welche Berufung statthaft sein solle, nur die §§. 28 und 29 des Gesetzes in Bezug genommen sind, nicht aber auch §. 30, welcher von der Entscheidung betreffs der Kosten spricht. Hätte das Gesetz die Absicht gehabt, in Abweichung von den allgemeinen Prinzipien des Prozesses, auch wegen der Kostenentscheidung allein die Berufung zuzulassen, so hätte es offenbar, um dieser Absicht Ausdruck zu geben, auch auf §. 30 Bezug nehmen müssen."

---

99. 1. Begriff einer Zustellung im Sinne der Civilprozeßordnung. Kann das Einwerfen des zuzustellenden Schriftstückes in den Briefkasten des betreffenden Anwaltes als Zustellung gelten oder dieselbe ersetzen?

2. Von welchem Zeitpunkte läuft die Frist für das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Ablaufes einer Notfrist?

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Januar 1882 i. S. Berg.-Märk. Bahn (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. II. 374/81.

I. Landgericht Elberfeld.
II. Oberlandesgericht Köln.

Die Revision wurde, ohne Beachtung eines Gesuches um Wiedereinsetzung, wegen Nichtigkeit der Zustellung als unzulässig verworfen aus folgenden

Gründen:

„Von den zufolge Beweisbeschlusses vom 4. November 1881 vernommenen Zeugen hat Rechtsanwalt B. mit Bestimmtheit ausgesagt, daß er den Briefumschlag, in welchem sich die in Frage stehende Revisionsschrift befand, in seinem Briefkasten gefunden habe, und zwar ohne daß Abschrift einer Zustellungsurkunde beigefügt war. Diese Aussage wird durch die Aussage des Postboten K. nicht widerlegt, vielmehr insofern bestätigt, als dieser Zeuge erklärt, es sei allerdings möglich, daß ein zur betreffenden Zeit verwendeter Hilfsbriefträger aus Unkenntnis das Schriftstück in den Briefkasten geworfen habe, daß er selbst später den Rechtsanwalt B. gefragt, ob er das Schriftstück erhalten, und auf bejahende Antwort nunmehr nachträglich die Zustellungsurkunde gefertigt habe. Er bemerkt sogar, es komme sehr häufig vor, daß in solcher Weise Zustellungsurkunden nachträglich ausgestellt würden.

Hiernach ist als erwiesen zu erachten, daß die Beurkundung im Akte vom 5. Juli 1881, Postbote K. habe dem Adressaten selbst in seiner Wohnung den bezeichneten Brief nebst Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben, der Wahrheit nicht entspricht, vielmehr nichts weiter geschah, als daß der Postbote diesen Brief einfach in den Briefkasten des Rechtsanwaltes B. warf (C.P.O. §. 380 Abs. 2). Mit Unrecht behauptet die Revisionsklägerin, daß trotzdem die Revision als gültig eingelegt zu erachten sei.

Die Civilprozeßordnung (§. 515) bestimmt, daß die Einlegung der Revision durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolge. Was unter einer Zustellung zu verstehen sei (falls sie durch Gerichtsvollzieher oder Postboten erfolgt), ist aus den Bestimmungen der §§. 156. 165 bis 170 bezw. 178 zu entnehmen. Hiernach besteht die Zustellung in der Übergabe des zuzustellenden Schriftstückes an diejenige Person, welcher die Zustellung zu machen ist, oder, falls diese in ihrer Wohnung oder ihrem Geschäftslokale nicht angetroffen wird, an eine der im Gesetze

bezeichneten anderen Personen. Ist auch letztere Zustellung nicht ausführbar, so soll das Schriftstück bei einer der in §. 167 bezeichneten Behörden niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thüre der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mitteilung an zwei Nachbarn bekannt gemacht werden. Von alledem ist im vorliegenden Falle nichts geschehen. Völlig unrichtig ist, wenn geltend gemacht wird, das Einwerfen in einen Briefkasten, der bestimmt ist, alle für eine gewisse Person ankommenden Briefe aufzunehmen, könne einer Übergabe an diese Person gleichgeachtet werden. Schon thatsächlich erscheint dies unrichtig; denn würde man selbst annehmen, daß nur diese Person den Schlüssel zum Briefkasten in Händen habe und ihn nie aus der Hand gebe, so bliebe immerhin ungewiß, ob sie das im Briefkasten enthaltene auch an dem Tage der Zustellung in Empfang nehmen werde, da sie ja möglicherweise verreist oder sonst verhindert sein kann.[1]

Zweifellos erscheint jedenfalls, daß das Gesetz eine solche Art der Übergabe nicht im Auge gehabt hat, vielmehr verlangt, daß der Gerichtsvollzieher oder Postbote der betreffenden Person selbst gegenüberstehe und ihr die Absicht der Übergabe kundgebe. Dies vorausgesetzt, ist es dann allerdings gleichgültig, wie die Übergabe erfolgt, ob das Schriftstück der betreffenden Person eingehändigt, oder ob es auf deren Geheiß oder mit deren Zustimmung irgendwo niedergelegt wird. Es erhellt hieraus, daß der in Frage stehende Vorgang als eine Zustellung im Sinne des Gesetzes nicht erachtet werden kann, vielmehr als ein rechtlich ganz bedeutungsloser Akt zu betrachten ist.

Bei dieser Sachlage kann es sich nur fragen, ob etwa das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Notfrist zu berücksichtigen sei.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Revisionsklägerin das Versehen des Postboten als unabwendbaren Zufall geltend machen kann (§§. 210 und 211 C.P.O.), denn dem Gesuche um Wiedereinsetzung kann schon deshalb nicht Folge gegeben werden, weil es verspätet gestellt ist.

Die besondere Frist des §. 213 Abs. 2 C.P.O. — wenn dieser

---

[1] Vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 1 Nr. 155 S. 430. D. R.

Paragraph angerufen werden wollte — ist jedenfalls versäumt. Im übrigen aber muß nach §. 212 C.P.O. die Wiedereinsetzung innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden, welche mit dem Tage beginnt, an welchem das Hindernis gehoben ist. Wie unbestritten, wurde schon am 16. August 1881 dem Vertreter der Revisionsklägerin ein Schriftsatz zugestellt, in welchem erklärt ist, die zuzustellende Abschrift der Revisionsschrift sei in dem Briefkasten des Rechtsanwaltes B. gefunden worden; eine Zustellung durch den Briefträger habe nicht stattgefunden. War hiermit auch keine Gewißheit gegeben, daß die Sache sich wirklich so verhalte, so konnte doch die Revisionsklägerin einer solchen Erklärung gegenüber nicht mehr geltend machen, es sei ihr völlig unbekannt, daß eine ordnungsmäßige Zustellung nicht erfolgt sei, und sie habe deshalb keinen Anlaß, vorsorgliche Schritte zur Wahrung ihrer Rechte zu thun. Vielmehr lag nun allerdings genügender Anlaß vor, sich durch eine mit eventuellem Wiedereinsetzungsgesuche verbundene formrichtige Einlegung der Revision der drohenden Anfechtung gegenüber sicher zu stellen; das in der früheren Unkenntnis bestandene Hindernis in dieser Beziehung war gehoben. Die Frist des §. 212 C.P.O. war somit auch unter Berücksichtigung des §. 201 Abs. 1 C.P.O. am 15. November 1881 längst abgelaufen."

---

100. Bedeutung der Vorschrift in §. 259 C.P.O., daß in dem Urteile die Gründe anzugeben sind, welche für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.

III. Civilsenat. Urt. v. 31. Januar 1882 i. S. H. C. B. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. III. 527/81.

I. Landgericht Hanau.
II. Oberlandesgericht Kassel.

Die Entscheidung ist oben unter „Gemeines Recht" Nr. 44 S. 169 abgedruckt.

101. Beweiskraft der Handelsbücher nach Aufhebung der Artt. 34 flg. H.G.B. durch §. 13 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung.

I. Civilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1881 i. S. M. (Bekl.) w. Kredit-Verein F. (Kl.) Rep. I. 619/81.

I. Landgericht Graudenz.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Der Kläger hat auf Grund des §. 3 Nr. 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1869 einen Akt angefochten, wodurch sein Schuldner Mtz. M. eine ihm gegen die Erben L. zustehende Forderung seinem Bruder Sd. M., dem Beklagten, cediert hat. Beklagter hat den ihm obliegenden Beweis, daß ihm zur Zeit des Vertragsschlusses eine Absicht des Cedenten, seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt gewesen sei, angetreten, indem er nachzuweisen suchte, daß die Cession zur Tilgung von Forderungen, welche dem Beklagten gegen den Cedenten zugestanden, erfolgt sei. Das Berufungsgericht hat die angefochtene Cession für unwirksam erklärt, indem es den dem Beklagten obliegenden Beweis nicht für geführt erachtet, da die Existenz derjenigen angeblichen Forderungen des Beklagten an Mtz. M., zu deren Tilgung die Cession erfolgt sein solle, nicht dargethan sei. Auf die Revision des Beklagten hat das Reichsgericht das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Unter den Beweismitteln, welche der Beklagte zum Beweise derjenigen, ihm angeblich gegen Mtz. M. zustehenden Forderungen, zu deren Tilgung die Cession erfolgt sein soll, produziert hat, stehen die Handelsbücher des Beklagten in erster Linie. Der Beklagte hatte mit seinem vorbereitenden Schriftsatze eine Spezifikation seiner durch jene Cession getilgten Forderungen an Mtz. M. überreicht, in welcher als Hauptposten mehrere bare Darlehen im Gesamtbetrage von mehr als 2600 ℳ, außerdem kleinere Posten an Preisen gelieferter Waren und für den Mtz. M. an Dritte vom Beklagten geleisteten Zahlungen und anderen Auslagen aufgeführt sind. Sämtliche Posten der Spezifikation datieren aus den Jahren 1875 bis 1877, während die angefochtene Cession vom 23. Mai 1879 datiert. Im Beweisverfahren wurden die

Handelsbücher des Beklagten vorgelegt. Der zugezogene Sachverständige erklärt dieselben für ordnungsmäßig geführt und vollständig glaubhaft; alle Posten, welche in der vom Beklagten eingereichten Spezifikation stehen, seien in diesen Büchern ordnungsmäßig eingetragen. Daraufhin nahm der erste Richter den Beweis der Forderung des Beklagten an den Cedenten als vollständig geführt an. Der Berufungsrichter dagegen hat erwogen:

„Nachdem nach §. 13 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung die Vorschriften des Handelsgesetzbuches Artt. 34 flg. bezüglich der Beweiskraft der Handelsbücher zwischen Kaufleuten aufgehoben worden, sei die Beweisfähigkeit derselben von dem Richter in jedem einzelnen Falle nach freier Überzeugung zu prüfen. Im vorliegenden Falle erscheine nun die von dem vernommenen Sachverständigen festgestellte Übereinstimmung der die Forderungen des Beklagten an seinen Bruder enthaltenden Zusammenstellung mit dem Inhalte der von dem Beklagten vorgelegten Handelsbücher allein durchaus nicht geeignet, die Existenz dieser Forderungen auch nur wahrscheinlich zu machen, da diese Zusammenstellung augenscheinlich aus den Büchern herausgefertigt sei und daher naturgemäß mit dem Inhalte derselben kongruieren müsse, für die Prüfung der sonstigen Eintragungen jedoch jeder Anhalt fehle. Es komme aber hinzu, daß der vom Beklagten überreichte Auszug seiner sämtlichen Forderungen an Mtz. M. und damit der Inhalt der Handelsbücher mit den eigenen Anführungen des Beklagten und zum Teil mit dem Resultate der Beweisaufnahme im Widerspruch stehe. (Dieser Widerspruch wird in Bezug auf zwei Punkte dargelegt und dann fortgefahren.) Diesen Momenten gegenüber könne allein der Umstand, daß seit der letzten Eintragung in die Bücher bis zur Cession mehrere Jahre verflossen seien, nicht die Überzeugung von der Richtigkeit oder auch nur der Wahrscheinlichkeit der Existenz der in den Büchern aufgeführten Forderungen begründen."

Diese Ausführung ist nicht durchsichtig und klar, läßt aber soviel erkennen, daß der Berufungsrichter eine rechtsirrtümliche Auffassung von der nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung den kaufmännischen Handelsbüchern beizulegenden Beweiskraft hegt. Der §. 13 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung hat, indem er die in Artt. 34 flg. H.G.B. aufgestellten Beweis*regeln* aufhob, keineswegs die Beweis*kraft*, welche den Handelsbüchern längst vor

dem Handelsgesetzbuche aus in der Sache liegenden Gründen beigelegt ist, beseitigen oder schmälern, sondern nur das im §. 259 C.P.O. generell aufgestellte Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung auch für die Handelsbücher maßgebend erklären wollen. Nach dem Grunde, aus welchem den Handelsbüchern Beweiskraft beigelegt wird, kann diese Beweiskraft den Büchern für sich allein, ohne daß noch andere besondere Momente zur Begründung der Beweiskraft hinzuzukommen brauchen, also lediglich deshalb, weil der Kaufmann die betreffende Eintragung in die Bücher gemacht hat, beigelegt werden. Nach §. 259 C.P.O. hat der Richter indes zu würdigen, ob und welches Maß der Beweiskraft den Büchern im konkreten Falle beizulegen sei, und dabei können andere konkurrierende Momente zur Minderung oder Stärkung der Beweiskraft in Betracht kommen. Das Ergebnis der richterlichen Würdigung kann also im konkreten Falle die gänzliche Verneinung der Beweiskraft der Handelsbücher sein. Daß der Berufungsrichter aber auf diesem Wege zur Verneinung jeder Beweiskraft der Handelsbücher des Beklagten gelangt sei, kann nach der Fassung seiner Entscheidungsgründe nicht angenommen werden. Die Bemerkung des Berufungsrichters, daß die Übereinstimmung der beklagtischen Spezifikation mit den Büchern allein die Existenz der Forderungen nicht beweise, ist ohne Bedeutung und ergiebt vielmehr, daß der Berufungsrichter den Grund der Beweiskraft der Handelsbücher, welcher in der Eintragung durch den Kaufmann für sich allein liegt, verkannt hat, und rechtsirrtümlich davon ausgegangen ist, daß diese Eintragung für sich allein nichts beweisen könne. Dem Berufungsrichter lag ob, die Gründe anzugeben, aus welchen er im konkreten Falle dieser Eintragung an sich jede Beweiskraft absprechen zu müssen glaubte; als ein solcher Grund kann die Bemerkung, daß die Übereinstimmung der Bücher mit der Spezifikation nichts beweise, nicht gelten, und die weitere Bemerkung, daß für die Prüfung der sonstigen Eintragungen jeder Anhalt fehle, ist unklar und, soweit er zu verstehen ist, unrichtig. Der Sachverständige hat erklärt, daß die Bücher des Beklagten überhaupt ordnungsmäßig und tadellos geführt, und daß die hier fraglichen Forderungen ordnungsmäßig darin eingetragen seien. Das genügt, und es ist nicht ersichtlich, daß, und zu welchem Zwecke und in welcher Richtung es noch der Prüfung sonstiger Eintragungen bedürfen solle, da spezielle Monita gegen die Glaubwürdigkeit der Bücher aus sonstigen

Eintragungen nicht entnommen sind. Durch die Hinfälligkeit der, das Hauptbeweismittel des Beklagten betreffenden, Argumentation des Berufungsrichters erhält die Ausführung desselben über das Ergebnis des dem Beklagten nach §. 3 Nr. 2 des Reichsgesetzes obliegenden Beweises eine so wesentliche Lücke, daß es einer anderweiten richterlichen Feststellung in dieser Beziehung bedarf, und da diese seitens des Revisionsrichters auf Grund des §. 528 Nr. 1 C.P.O. nicht erfolgen kann, die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß. Die weiteren Gründe, welche der Berufungsrichter in Bezug auf die Handelsbücher noch ausführt, sind nur zusätzliche („es kommt hinzu, daß ꝛc"), aber auch unzutreffend. Darüber, ob die 500 bis 600 Thaler, welche Beklagter als Äquivalent, bezw. als Bedingung der Cession dem Mtz. M. noch darzuleihen versprochen, in die Bücher des Beklagten eingetragen sind, ist weder verhandelt, noch Beweis erhoben; es kam darauf auch nicht an, da es sich nur darum handelte, ob die Forderungen, zu deren Tilgung die Cession erfolgt sein soll, bestanden oder nicht; zu diesen Forderungen gehörte aber das neue Darlehn von 500 bis 600 Thaler zweifellos nicht; darum ist dasselbe weder in die Spezifikation aufgenommen, noch Beweis über dessen Eintragung in die Bücher erhoben. Wenn der Berufungsrichter auf dieses Darlehn Gewicht legen zu müssen glaubte, so mußte zunächst nach der Vorschrift des §. 130 C.P.O. verfahren werden. ... Es fehlt auch an einer Begründung des angeblichen Widerspruches zwischen den Büchern und den Behauptungen des Beklagten oder dem Resultat der Beweisaufnahme."

---

102. Voraussetzung der Zulässigkeit des Erlasses eines Teilurteiles. Voraussetzung der Berechtigung des Berufungsrichters zur Verweisung der Sache in die erste Instanz.

I. Civilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1881 i. S. Sch. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. I. 621/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Reichsrecht" Nr. 13 S. 49 abgedruckt.

---

103. Ist die Annehmbarkeit der Revision dadurch bedingt, daß die Parteien in der Revisionsschrift nach Namen genannt sind, und daß bei der Ladung selbst das Revisionsgericht angegeben ist?

I. Civilsenat. Urt. v. 10. Dezember 1881 i. S. H. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 620/81.

I. Landgericht Schwerin.
II. Oberlandesgericht Rostock.

Aus den Gründen:

„1. In der Klageschrift sind die sämtlichen Erben des Pensionärs H. unter Beifügung der Namen der gesetzlichen Vertreter der Unselbständigen unter denselben mit Namen und in Übereinstimmung mit dem als Anlage I der Klage beigefügten Erbenzeugnis aufgeführt und als Kläger bezeichnet. Wenn daher (wie überall im Laufe des Rechtsstreites und namentlich auch in den Urteilen) in der Revisionsschrift nur „die Erben des weiland Pensionärs H. zu B." als Partei bezeichnet sind, so kann trotzdem, daß die Namen der einzelnen nicht ausdrücklich aufgeführt sind, doch ein Zweifel über die Persönlichkeit der Revisionskläger nicht entstehen. Allerdings finden nach §. 515 C.P.O. die allgemeinen Bestimmungen über vorbereitende Schriftsätze auch auf die Revisionsschrift Anwendung. Allein die Vorschrift des §. 121 Nr. 1 C.P.O., wonach die vorbereitenden Schriftsätze enthalten sollen „die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort"..., ist, wie aus dem Worte „sollen" hervorgeht, nur instruktioneller Natur.

2. Zu den unter dem Präjudiz der Nichtigkeit gegebenen Vorschriften gehört die Bestimmung des §. 515 Nr. 3 C.P.O., daß die Revisionsschrift die Ladung des Revisionsbeklagten „vor das Revisionsgericht" enthalten müsse. Nun enthält die vorliegende Revisionsschrift nur die Ladung „zur mündlichen Verhandlung über die Revision" ohne Bezeichnung des Gerichtes, vor welches geladen wird. Allein dieser Mangel wird dadurch ergänzt, daß die Revisionsschrift die durch den Vorsitzenden des Feriensenates des Reichsgerichtes unterschriebene Bestimmung des „Termines zur mündlichen Verhand-

lung über die Revision vor dem I. Civilsenat" enthält und in dieser Form dem Revisionsbeklagten zugestellt ist.

Die Annehmbarkeit der Revision wird daher mit Unrecht bestritten."

---

104. Ist bei Unbestimmtheit desjenigen Prozeßstoffes, über welchen in dem Thatbestande des Berufungsurteiles allgemein auf die vorbereitenden Schriftsätze Bezug genommen ist, auf Revisionsangriffe wegen Verletzung materieller Rechtsnormen einzugehen?

I. Civilsenat. Urt. v. 14. Dezember 1881 i. S. K. (Bekl.) w. G. (Kl.) Rep. I. 622/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Gründe:

„Das angefochtene Erkenntnis des Berufungsgerichtes verletzt die wesentliche Prozeßvorschrift des §. 284 Ziff. 3 der Civilprozeßordnung, indem es auf den Thatbestand des Urteiles erster Instanz verweist, welcher keine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens bei bestimmt gekennzeichneten Behelfen thätigt, sondern ... an einige dürftige Sätze eine allgemeine Bezugnahme auf den Inhalt von vier umfänglichen vorbereitenden Schriftsätzen anschließt. Es ist in den verknüpften Thatbeständen erster und zweiter Instanz keinerlei Grundlage für die Prüfung des Revisionsgerichtes gegeben, ob das Gesetz auf das Sachverhältnis, welches die Parteien vor dem Berufungsgerichte mündlich vorgetragen haben, richtig angewendet sei, weil der Inhalt dieses mündlichen Vortrages dem Revisionsgericht durch den Inhalt des angegriffenen Urteiles nicht vergegenwärtigt wird. Ebendeswegen war auch auf die von dem Beklagten geltend gemachten sonstigen Revisionsgründe, welche sämtlich in Rügen der Verletzung von Normen des materiellen Rechtes bestehen, nicht einzugehen, son-

dern die Sache, wie geschehen, (gemäß §§. 512. 527. 528 C.P.O.) zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen."

---

105. Ist die Bestimmung des §. 332 Abs. 1 C.PO., wonach bei dem Ausbleiben einer oder beider Parteien im Termine zur Beweisaufnahme gleichwohl die Beweisaufnahme insoweit zu bewirken ist, als dies nach Lage der Sache geschehen kann, auf den Fall zu beschränken, daß die Benachrichtigung der ausgebliebenen Partei oder Parteien von dem Termine erfolgt ist?

V. Civilsenat. Urt. v. 8. Februar 1882 i. S. G. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. V. 802/81.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Aus den Gründen:

„Über das Klagfundament ist von einem beauftragten Richter in einem von diesem angesetzten Termine durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen Beweis aufgenommen; der Anwalt des Klägers ist in dem Termine nicht erschienen und eine Zustellungsurkunde über seine Benachrichtigung von dem Termine ist nicht zu beschaffen gewesen. Dem im nächsten Verhandlungstermine gestellten Antrage des Klägers auf Wiederholung der Beweisaufnahme ist nicht stattgegeben, vielmehr erachtet das Berufungsgericht auf Grund der gedachten Beweisaufnahme das Klagfundament für nicht erwiesen und für widerlegt.

Hiergegen erhebt der Revisionskläger den Angriff wegen Verletzung der §§. 322. 326. 294 C.P.O. dahin, daß ohne seine Ladung zum Beweistermine das Klagfundament nicht für widerlegt hätte erachtet werden dürfen.

Der Angriff ist begründet.

Nach §§. 326. 335. 294 a. a. O. hatte die Bekanntmachung von dem Beweistermine an den Revisionskläger von Amts wegen und zwar durch Zustellung zu erfolgen. Der Ausführung des Revisionsbeklagten, daß Revisionskläger nachzuweisen habe, ihm sei die Bekanntmachung

nicht zugegangen, ist nicht beizutreten, vielmehr mußte die Zustellung nachgewiesen werden; im Mangel dieses Nachweises ist anzunehmen, daß die Bekanntmachung nicht erfolgt ist.

Es fragt sich, ob eine Beweisaufnahme erfolgen darf, wenn eine Partei nicht dem Gesetze entsprechend von dem Beweistermine benachrichtigt worden ist? Ausdrücklich spricht sich die C.P.O. hierüber nicht aus. Nach §. 332 Abs. 1 a. a. O. ist, wenn eine Partei oder beide in dem Beweistermine nicht erscheinen, die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann. Eine gleiche Bestimmung fand sich bereits im §. 407 des preuß. Entwurfes. Dort war hinzugefügt, daß im Falle des §. 405, d. h. wenn der Beweistermin nicht mit dem Beweisbeschlusse vom Richter publiziert ist, vielmehr die betreibungspflichtige Partei den Gegner zum Beweistermine zu laden hat, die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen ꝛc nur zulässig ist, sofern die Ladung des nicht erschienenen Gegners nachgewiesen wird.

Die Fortlassung dieser Bestimmung in der Civilprozeßordnung kann sehr wohl darauf beruhen, daß die Ladung zur Beweisaufnahme nach der C.P.O. überhaupt nicht mehr durch die Parteien erfolgt, für den Fall solcher Ladung also nichts mehr zu bestimmen blieb; sie könnte aber auch ihren Grund darin haben, daß man die Zulässigkeit der Beweisaufnahme nicht von der Ladung der Parteien abhängig machen wollte.

Aus der Bestimmung des preußischen Entwurfes ist danach für Entscheidung der vorliegenden Frage nichts zu entnehmen.

An zwei Stellen der C.P.O. ist für besondere Fälle Bestimmung über die Benutzbarkeit von Beweisverhandlungen getroffen, falls eine Partei von dem Beweistermine nicht Kenntnis erhalten hat, bezw. dazu nicht geladen ist. Nach §. 329 a. a. O. hat der Beweisführer, wenn ihm die Erledigung eines Beweisbeschlusses im Auslande überlassen ist, den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme zeitig in Kenntnis zu setzen. Ist diese Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermessen, ob und wieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt ist. Nach §. 454 a. a. O. ist im Falle der Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, wenn der Gegner im Termine nicht erschienen und nicht rechtzeitig geladen ist, der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen berech-

tigt, wenn er glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt ist. In diesen beiden Fällen ist die Benutzbarkeit der Beweisverhandlungen nicht unbedingt von der Bekanntmachung des Beweistermines an die Parteien abhängig gemacht.

Es scheint jedoch nicht zulässig, aus diesen Fällen zu schließen, daß das Gesetz die Bekanntmachung des Termines an die Parteien überhaupt nicht als Bedingung einer benutzbaren Beweisaufnahme angesehen hätte. Die Fälle der §§. 329. 454 a. a. O. sind vielmehr so außergewöhnliche, daß aus ihnen ein allgemeines Prinzip nicht zu entnehmen ist.

Aber selbst für diese außerordentlichen Fälle ist in jenen Paragraphen die Benutzung der Beweisverhandlungen ohne Bekanntmachung des Termines bezw. ohne Ladung nicht allgemein gestattet, sondern nur nach dem Ermessen des Richters durch §. 329 a. a. O. und nur bei dem Nachweise, daß die Ladung ohne Verschulden des Ladenden nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt ist (§. 454 a. a. O.). Die Ausnahmebestimmungen beider Paragraphen lassen darauf schließen, daß in anderen gewöhnlichen Fällen die Beweisaufnahme ohne Benachrichtigung der ausgebliebenen Partei von dem Beweistermine vom Gesetzgeber als nicht zulässig angesehen ist. Dafür spricht aber vor allem, daß die Rechte der Parteien, der Beweisaufnahme beizuwohnen (§. 322 a. a. O.) und den Zeugen und Sachverständigen Fragen vorlegen zu lassen (§. 362 a. a. O.), nicht dadurch verloren gehen können, daß die gesetzlich vorgeschriebene Bekanntmachung des Beweistermines an die Parteien unterblieben ist, daß dieser Verlust vielmehr nur an eine Versäumnis der betreffenden Partei geknüpft sein kann.

Der §. 332 Abs. 1 a. a. O. ist daher nur als für den Fall, daß die ausgebliebene Partei vom Beweistermine benachrichtigt ist, gegeben anzusehen, und ist darin zugleich die Anordnung einer Art Versäumnisverfahren zu finden, wofür auch noch spricht, daß im Abs. 2 eine Art Restitution gegen das Versäumen des Beweistermines gegeben ist.

Den §. 332 Abs. 1 a. a. O. in dem dargelegten Sinne hat das Berufungsgericht verletzt und unter Verletzung dieses Gesetzes eine thatsächliche Feststellung getroffen, auf welcher die Entscheidung beruht. Nach §§. 511. 524. 528 a. a. O. ist deshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Berufungsinstanz zurückzuweisen."

106. Sind für die nach §. 342 C.P.O. von dem Gerichtsschreiber auszufertigenden Ladungen der Zeugen Schreibgebühren zu berechnen?

Gerichtskostengesetz v. 18. Juni 1878 §. 47 Ziff. 1. §§. 79. 80. (R.G.Bl. S. 141 flg.)

Gesetz v. 29. Juni 1881 betr. Abänderung der Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes Art. 2 (§§. 80a. 80b). (R.G.Bl. S. 178 flg.)

III. Civilsenat. Beschl. v. 17. Febr. 1882 i. S. F. (Bekl.) w. B. (Kl.) Beschw.-Rep. III. 13/82.

I. Landgericht Hannover, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

„Die Frage, ob für die von dem Gerichtsschreiber angefertigten Ladungen der nach dem Beweisbeschlusse des Landgerichtes, Kammer für Handelssachen, vom 5. Juli 1881 zu vernehmenden, von beiden Parteien benannten Zeugen Schreibgebühren in Ansatz zu bringen seien, ist von dem Oberlandesgerichte mit Recht bejaht worden; es war die gegen den Beschluß vom 5. Dezember 1881 erhobene weitere Beschwerde daher als unbegründet zurückzuweisen.

Die in dem Gerichtskostengesetze vom 18. Juni 1878 enthaltene Vorschrift, wonach in einer Reihe von Fällen Freiheit von Gebühren, nicht aber zugleich Freiheit von Erstattung der baren Auslagen, zu welchen auch die Schreibgebühren gehören, gewährt wird (§§. 47. 79), ist durch Art. 2 des Gesetzes vom 29. Juni 1881, betreffend Abänderung der Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes ꝛc, dahin abgeändert worden, daß „für die von Amts wegen anzufertigenden Ausfertigungen und Abschriften" in den in §. 80a hervorgehobenen Fällen Schreibgebühren nicht erhoben werden, „sofern in denselben keine Gebühren zu erheben sind". Von diesen Fällen kann hier nur die Vorschrift des §. 47 Ziff. 1 des Gerichtskostengesetzes in Betracht kommen, wonach Gebühren nicht erhoben werden „für die Verhandlung und Entscheidung über die Prozeß- oder Sachleitung, einschließlich der Bestimmung und Änderung von Terminen und Fristen". Das Landgericht hält die Vorschrift in §. 80a a. a. O. im vorliegenden

Falle für anwendbar, weil die Frage, ob und wie die Ladung der in Gemäßheit des Beweisbeschlusses zu vernehmenden Zeugen zu erfolgen habe, in das Gebiet der Prozeß- und Sachleitung falle und daher die auf Grund des Beweisbeschlusses nach §. 342 C.P.O. vom Gerichtsschreiber zu besorgenden Ausfertigungen der Zeugenladungen dem Ansatze von Schreibgebühren nach §. 80a in Verbindung mit §. 47 Ziff. 1 a. a. O. nicht unterliegen. Diese Ansicht kann nicht gebilligt werden, es ist vielmehr dem Oberlandesgerichte darin beizustimmen, daß die citierten Vorschriften im vorliegenden Falle keine Anwendung finden. Nach §. 323 C.P.O. ist die Beweisaufnahme, wenn sie ein besonderes Verfahren erfordert, durch Beweisbeschluß anzuordnen, und es soll nach §. 324 der Beweisbeschluß u. a. enthalten „die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen". Ist der Beweisbeschluß ergangen, so ist, ohne daß es einer weiteren Entscheidung bezüglich der Frage, ob die von den Parteien benannten, in dem Beweisbeschlusse bezeichneten Zeugen zu laden seien, von dem Gerichtsschreiber in Gemäßheit der Vorschrift in §. 342 C.P.O. die Ladung der Zeugen, unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß, auszufertigen und von Amts wegen zuzustellen. Der Beweisbeschluß hat allerdings die Bedeutung einer prozeßleitenden Verfügung, welche den Zweck hat die definitive Entscheidung über den erhobenen Anspruch vorzubereiten (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 368), allein derselbe fällt nicht unter die in §. 47 Ziff. 1 des Gerichtskostengesetzes bezeichneten gebührenfreien Verfügungen und Entscheidungen „über die Prozeß- oder Sachleitung", gehört vielmehr zu den in den §§. 18. 22. 49 des Gerichtskostengesetzes aufgeführten, gebührenpflichtigen Verfügungen des Gerichtes, während die Gebührenfreiheit der Beweisaufnahme aus dem dem Gerichtskostengesetze zu Grunde liegenden Prinzipe folgt, daß nur für gewisse Hauptverhandlungen und Entscheidungen, welche den erhobenen Anspruch selbst unmittelbar oder in dem zu führenden Beweise ꝛc mittelbar betreffen, Bauschsätze zu erheben sind. Die Thätigkeit des Gerichtsschreibers zum Zwecke der Ausführung des Beweisbeschlusses (§. 342 a. a. O.) kann, wie das Oberlandesgericht mit Recht hervorhebt, als eine unter §. 47 Ziff. 1 fallende Entscheidung nicht aufgefaßt werden, die Ladung der Zeugen in Gemäßheit des §. 342 stellt sich vielmehr lediglich als eine Ausführung des Beweisbeschlusses dar, und fehlt es daher an der in §. 80a a. a. O. für den

Wegfall der Verpflichtung zur Bezahlung der Schreibgebühren aufgestellten Voraussetzung, daß keine Gebühren zu erheben sind. Es ist denn auch in §. 80b des Gerichtskostengesetzes vom 29. Juni 1881, wonach für die von Amts wegen bewirkten Zustellungen in allen Fällen bare Auslagen nicht zu erheben sind, hervorgehoben, daß die Erhebung von Schreibgebühren für die Ausfertigungen und Abschriften der zuzustellenden Schriftstücke dadurch nicht ausgeschlossen werde; es sind die letzteren also zu erheben, sofern deren Erhebung nach §. 80a nicht ausgeschlossen ist, was im vorliegenden Falle nicht geschehen ist.

Mit Recht nimmt auch das Oberlandesgericht zur Unterstützung seiner Ansicht auf die Entstehungsgeschichte des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878, sowie des Gesetzes vom 29. Juni 1881 Bezug, indem aus den Motiven hervorgeht, daß die Vorschrift des §. 47 Ziff. 1 a. a. O. auf Beweisbeschlüsse sich nicht bezieht, und daß es nicht die Absicht gewesen ist, die Verpflichtung zum Ersatze der erheblichen Auslagen an Schreibgebühren für die Ladungen der auf Grund ergangener Beweisbeschlüsse zu vernehmenden Zeugen aufzuheben, sondern daß man die Ausfertigung von Beschlüssen des Gerichtes vor Augen gehabt hat, welche der Gebührentaxe nicht unterliegen, diejenigen Fälle, in denen Schreibgebühren für sich allein und in geringem Betrage zu erheben sind."

---

107. 1. Freie Würdigung des Richters bei Schadensersatzansprüchen. C.P.O. §. 260.

2. Ist die Abweisung in angebrachter Art in dem Sinne, daß die nämliche Klage mit besserer Substanziierung von neuem erhoben werden kann, nach den Grundsätzen der Civilprozeßordnung statthaft? C.P.O. §. 130.

II. Civilsenat. Urt. v. 24. Februar 1882 i. S. H. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. II. 471/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Firma H. in Kopenhagen erhob Klage gegen G. auf Entschädigung wegen widerrechtlichen Gebrauches ihres Warenzeichens. In

zwei Instanzen wurde der widerrechtliche Gebrauch des Warenzeichens anerkannt, jedoch der Anspruch auf Schadensersatz in angebrachter Art abgewiesen. Das Reichsgericht hob die bezügliche Entscheidung auf aus folgenden

Gründen:

„Die Rüge, daß der Berufungsrichter die Befugnisse, welche ihm §. 16 des Markenschutzgesetzes und §. 260 C.P.O. verleihen, nicht genügend erkannt habe, erscheint begründet.

Die bezeichneten Gesetzesbestimmungen erklären den Richter befugt, nicht bloß über die Höhe des Schadens, sondern auch über die Frage, ob ein Schade entstanden sei, unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden, und zwar ohne Berücksichtigung gestellter Beweisanträge. Diese freie Würdigung erstreckt sich, wie es die Motive ausdrücklich aussprechen, insbesondere auch auf die Frage des Kausalzusammenhanges.

Der Gesetzgeber geht davon aus, daß betreffs der Frage, ob und welcher Schade durch eine widerrechtliche Handlung entstanden sei, in den meisten Fällen ein strenger und vollständiger Beweis absolut unmöglich sei, also in ganz ungerechtfertigter Weise derjenige, der widerrechtlich handelte, begünstigt und derjenige, dessen Rechte verletzt wurden, benachteiligt würde, wollte man einen solchen Beweis verlangen. Er giebt daher dem richterlichen Ermessen den weitesten Spielraum; es soll genügen, daß der Richter in Fällen, wo eine genauere Ermittelung nicht möglich ist, nur im allgemeinen die Überzeugung gewinnt, es müsse ein Schade aus der widerrechtlichen Handlung entstanden sein, und daß er diesen Schaden nach freiem Ermessen schätzt, wobei selbstverständlich, wo bestimmtere Anhaltspunkte fehlen, dasjenige Maß zu greifen ist, welches der Sachlage nach mindestens gerechtfertigt erscheint.

Daß sich der Berufungsrichter dieses Rechtes der freien Würdigung, welches zu üben zugleich eine Pflicht für ihn ist, vollkommen bewußt gewesen sei, ist aus seinen Gründen nicht zu entnehmen, vielmehr läßt sich aus denselben erkennen, daß er, zum Teile wenigstens, noch an den Anschauungen des früheren Verfahrens festhält und glaubt, seine Überzeugung nur an der Hand konkreter und in direkter Weise schlüssiger Thatsachen sich bilden zu dürfen. Schon die Ansicht, welche er ausspricht, daß der Beklagte aus dem Gebrauche der Marke der Klägerin Gewinn gezogen habe, weil er sie nicht gebraucht hätte, wenn

sie nicht von den Käufern gesucht wäre, legt nahe, daß wenn er von dem Rechte freier Würdigung Gebrauch gemacht hätte, er zur Überzeugung, daß der Klägerin ein Schade erwachsen sei, hätte gelangen können, ja wahrscheinlich gelangt wäre. Wenn der Beklagte Gewinn daraus zog, daß seine Abnehmer die Marke der Klägerin kannten und suchten, und wenn er in dieser Weise über 25 000 Flaschen absetzte, wie festgestellt ist, so wird man sich wohl der Überzeugung nicht verschließen können, daß mit diesem Gewinne auch irgend ein Schade für die Klägerin verbunden gewesen sein müsse.

Übrigens beruht die Entscheidung auch insofern auf Verkennung von Rechtsnormen, als die Klage angebrachtermaßen abgewiesen worden ist.

Es geschieht dies offenbar in dem Sinne, welcher im alten Verfahren mit diesem Ausdrucke verbunden wurde, d. h. es sollte ausgesprochen sein, die Klage werde zwar, so wie sie angebracht ist, als nicht genügend substanziiert abgewiesen, jedoch bleibe es dem Kläger unbenommen, später die nämliche Klage mit besserer Substanziierung wiederholt zu erheben.

Eine derartige Klagabweisung kennt die Civilprozeßordnung nicht; sie steht im Widerspruche mit der Pflicht, welche §. 130 C.P.O. dem Richter auferlegt.

Im früheren schriftlichen Verfahren, wo das prozessuale Vorbringen an bestimmte Fristen gebunden war und auf den Inhalt der Prozeßschriften hin geurteilt wurde, war es dem Richter unmöglich, Unvollständigkeiten und Unklarheiten, welche sich im thatsächlichen Vorbringen des Klägers zeigten, durch Befragen der Partei oder ihres Vertreters zu beseitigen. Als Mittel, diesen Mißstand unschädlich zu machen und das gute Recht der Partei nicht darunter leiden zu lassen, daß sie oder ihr Vertreter, in Verkennung der maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte oder aus einem sonstigen Versehen, die für die richterliche Entscheidung erforderliche thatsächliche Grundlage nicht erschöpfend gaben, diente die Abweisung in angebrachter Art. Der Richter erteilte gewissermaßen im Urteile selbst diejenige Belehrung, welche er vorher nicht geben konnte.

Wesentlich anders ist es im mündlichen Verfahren, wie es von der Civilprozeßordnung geregelt ist. Hier ist es gestattet, in jeder Lage des Rechtsstreites, sowohl in erster als in zweiter Instanz, neue That-

sachen zur besseren Begründung der Klage geltend zu machen, sofern nur keine Änderung des Klagegrundes selbst damit verbunden ist (C.P.O. §§. 240 und 487).

Die Civilprozeßordnung macht ferner in §. 130 dem Richter zur Pflicht, durch Fragen darauf hinzuwirken, daß ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erforderlichen Erklärungen abgegeben werden. Erfüllt der Richter diese Pflicht, so kann er nicht in die Lage kommen, eine Klage deshalb angebrachtermaßen abzuweisen, weil sie nicht genügend substanziiert sei, jedoch besser substanziiert werden könne, denn seine Aufgabe ist es gerade, durch Fragestellung zu ermitteln, ob eine genügende Substanziierung möglich sei oder nicht.

Die Abweisung in angebrachter Art enthält daher in sich selbst schon den Beweis, daß der Richter sich der Pflicht, welche ihm §. 130 a. a. O. auferlegt, nicht bewußt gewesen sei."

---

108. Substanziierung der prozeßhindernden Einrede aus §. 247 Ziff. 5 C.P.O.

I. Civilsenat. Urt. v. 13. März 1882 i. S. M. (Bekl.) w. Tr. (Kl.) Rep. I. 704/81.

I. Landgericht Frankfurt a. M.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die prozeßhindernde Einrede aus §. 247 Ziff. 5 C.P.O. verworfen, weil die in dem Vorprozesse beklagte Generalagentur der Beklagten und die beklagte Versicherungsgesellschaft selbst verschiedene Personen seien, während die Civilprozeßordnung (in ihrer vorerwähnten Stelle) die Identität der Person, welche die prozeßhindernde Einrede erhebe, mit derjenigen Person voraussetze, welche als Prozeßsubjekt in dem Vorprozesse auf Erstattung der ihr in demselben erwachsenen Kosten berechtigt sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht in diesem Entscheidungsgrunde die Artt. 52. 298

H.G.B. verletzt, bezw. in rechtsirriger Weise die Stellung als Prozeßpartei mit der Stellung des Prozeßparteivertreters verwechselt, oder ob dasselbe eine rein thatsächliche Auffassung der Parteierklärungen über den Inhalt der Klage des Vorprozesses gethätigt hat. Im Endergebnisse der Verwerfung der prozeßhindernden Einrede aus §. 247 Ziff. 5 C.P.O. ist die angegriffene Entscheidung jedenfalls deswegen gerechtfertigt,

1. weil die Beklagte (nachdem sie in erster Instanz zur Substanziierung der Einrede nur die Anstrengung der früheren Klage, deren Zurücknahme und, ganz unbestimmt, behauptet hatte, ihr seien die Kosten des früheren Verfahrens nicht erstattet, nachdem ferner der Richter erster Instanz die Einrede verworfen hatte, weil beklagterseits nicht klargelegt sei, daß ihr durch jenes frühere Verfahren wirklich überhaupt Kosten erwachsen wären, geschweige denn, daß sie den Ersatz solcher etwaigen Kosten unter Angabe des zu erstattenden Betrages von dem Kläger gefordert habe) in der Berufungsinstanz nichts weiter behauptet hat, als daß in dem Vorprozesse von ihrer Generalagentur ein Rechtsanwalt als Vertreter bestellt und ihr dadurch Kosten entstanden seien;

2. weil es dem Beklagten zur Substanziierung der erhobenen prozeßhindernden Einrede aus §. 247 Ziff. 5 C.P.O. obliegt, den Betrag an Kosten des früheren Verfahrens klarzulegen, welchen er von dem Kläger erstattet zu verlangen berechtigt ist, und sei es bereits vor Erhebung der Klage des schwebenden Prozesses vergeblich von dem Kläger erstattet verlangt hat, sei es doch nunmehr erstattet verlangt.

Diese Auslegung des Gesetzes rechtfertigt sich aus folgenden Erwägungen:

Die Grundlagen zur Initiative bei der Prozeßkostenerstattung liegen in der Hand des Erstattungsberechtigten. Die Civilprozeßordnung enthält keine ähnliche Bestimmung, wie diejenige des Art. 116 der Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, welcher verordnete:

„Wo das Gesetz vorschreibt, daß die Erhebung einer neuen Klage oder die Fortsetzung eines Verfahrens nicht eher statthaft sei, als bis der Gegenpartei die ihr bisher verursachten Kosten ersetzt sind, hat, wenn dieser Ersatz dadurch gehindert wird, daß die zu dessen Empfang berechtigte Partei die Festsetzung der Kosten verzögert oder deren Angabe verweigert, das Gericht hierzu auf einfache Vorstellung des Beteiligten eine angemessene Frist zu bestimmen, nach deren Ablauf

die Erhebung der neuen Klage, bezw. die Fortsetzung des Verfahrens gestattet wird."

Bei dieser Lage des Gesetzes und dem aus demselben ersichtlichen (auch in der Begründung des Entwurfes der Civilprozeßordnung ausdrücklich hervorgehobenen) Zwecke der Normen über die Behelfe des Beklagten aus §. 243 Abs. 4 und §. 247 Ziff. 5 C.P.O., Vexationen des Beklagten durch den Kläger zu verhüten (während es dem Hauptzwecke der Prozeßgesetze, die prozessuale Verfolgung wohlerworbener Rechte zu sichern, widerstreben würde, wenn jene exzeptionellen Einschränkungen der Geltung dieses Grundprinzipes derartig verstanden würden, daß dieselben zu chikanöser Verkümmerung der Verfolgbarkeit der klägerischen Rechte seitens der Beklagten führen könnten), erhellt der Sinn des Gesetzes, daß die Behelfe aus den §§. 243 Abs. 4 und 247 Ziff. 5 C.P.O. dem Beklagten nur unter der Voraussetzung zustehen, daß er (als für ihn potestative Bedingung des Wachwerdens der klägerischen Pflicht zur sofortigen Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens und, im Falle der Unterlassung sofortiger Erfüllung dieser Pflicht, einer Säumnis des Klägers) vom Kläger die Erstattung der Kosten jenes früheren Verfahrens (unter Klarlegung des zu erstattenden Kostenbetrages) gefordert hat."

---

109. Inwiefern ist im Anwaltsprozesse die Beglaubigung eines zuzustellenden Schriftstückes durch den Anwalt ein wesentliches Erfordernis des Zustellungsaktes?

C.P.O. §§. 156 u. 173.

III. Civilsenat. Urt. v. 20. Dezember 1881 i. S. K. Z. (Bekl.) w. H. R. (Kl.) Rep. III. 481/81.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Der Revisionsbeklagte bestritt vor dem Eintreten in die mündliche Verhandlung zur Hauptsache, daß das Rechtsmittel der Revision ordnungsmäßig eingelegt sei; er machte insbesondere geltend, daß die dem Anwalte zweiter Instanz zugestellte Abschrift der Revisionsschrift

entgegen der Vorschrift des §. 156 Abs. 2 C.P.O. nicht von dem für die dritte Instanz bestellten Anwalte der Revisionskläger beglaubigt worden sei. Der letztere hielt dagegen die Förmlichkeiten des Rechtsmittels für gewahrt, da der §. 156 C.P.O. die Beglaubigung der zuzustellenden Abschriften durch den Anwalt nicht unter Androhung der Nichtigkeit des Aktes der Zustellung fordere, überdies im vorliegenden Falle die vorgeschriebene Beglaubigung mindestens notdürftig dadurch gewahrt erscheine, daß das zugestellte Schriftstück am oberen linken Rande der ersten Seite den durch Druck hergestellten Namen des Anwaltes trage und zugleich mit dem Stempel des Gerichtsvollziehers „Eingegangen 4. Juni 1881" versehen sei. Wenn daher auch am Schlusse der Revisionsschrift die Beglaubigung durch den zustellenden Anwalt fehle, so könne doch an der Identität der fraglichen Abschrift und deren Übereinstimmung mit dem Originale ein begründeter Zweifel nicht obwalten.

Die zugestellte Abschrift der Revisionsschrift wurde vorgelegt und ergab die Richtigkeit der thatsächlichen Behauptung des Vertreters der Revisionskläger hinsichtlich der Übereinstimmung der der Gegenpartei zugestellten Abschrift der Revision mit der bei dem Reichsgerichte unterm 4. Juni 1881 eingegangenen, übrigens ebenfalls nicht beglaubigten „Abschrift für den Gerichtshof". Diese Übereinstimmung wurde auch von dem Revisionsbeklagten anerkannt.

Das Reichsgericht wies die eingelegte Revision als unzulässig zurück.

Aus den Gründen:

„Die Revisionsschrift konnte nach §§. 156. 515 C.P.O. nicht für ordnungsmäßig zugestellt angesehen werden.

Der Akt der Zustellung an den Gegner im Prozesse besteht, wenn eine Abschrift zugestellt werden soll, gemäß §§. 156. 173 C.P.O. in der Beglaubigung des zuzustellenden Schriftstückes, in dessen Übergabe an den Empfänger und in der Beurkundung dieses Vorganges durch den Zustellungsbeamten, bezw. den Anwalt der betreibenden Partei. Jene Beglaubigung ist somit ein integrierender Bestandteil des Zustellungsaktes selber, und ihr Mangel macht den letzteren unwirksam. Zwar ist eine bestimmte Form der Beglaubigung, namentlich bei der Zustellung eines Schriftstückes durch den Anwalt, nicht vorgeschrieben. Da jedoch deren Zweck darin besteht, die Übereinstimmung der von der

Partei selbst gefertigten und dem Gegner zuzustellenden Abschrift mit der in der Hand der Partei zurückbleibenden Urschrift in formeller Weise festzustellen, so muß sie sich notwendig auf den ganzen Inhalt des Schriftstückes erstrecken und kann durch kein anderes Beweismittel für die Übereinstimmung, insbesondere auch nicht durch ein etwaiges Zugeständnis des ordnungswidrig geladenen Gegners ersetzt werden.

Im vorliegenden Falle ist sowohl die dem Gerichte zum Zwecke der Terminsbestimmung überreichte, als auch die dem Prozeßbevollmächtigten des Revisionsbeklagten behändigte Abschrift der Revisionsschrift ein durch Druck hergestelltes, an den offen gelassenen Stellen handschriftlich ausgefülltes Formular, das am oberen linken Rande der ersten Seite und am Schlusse auf der zweiten Seite den (gedruckten) Namen des Anwaltes der Revisionskläger enthält. Dies ist weder für sich allein, noch in Verbindung damit, daß die für den Gerichtshof und die für den Gegner bestimmte Abschrift des Schriftsatzes den Stempel des Gerichtes, bezw. des Gerichtsvollziehers über den Tag des Einganges der Abschriften bei dem Reichsgerichte (4. Juni 1881) trägt, für eine Beglaubigung des zuzustellenden Schriftsatzes im Sinne des Gesetzes zu betrachten. Denn hierdurch wurde dem Zustellungsempfänger keine Garantie dafür geboten, daß eine wirkliche Übereinstimmung der zugestellten Revisionsschrift ihrem gesamten Inhalte nach mit dem Originale bestehe.

Wenn, wie der Vertreter der Revisionskläger hervorhebt, das Reichsgericht bereits in einem früheren Falle[1] eine notdürftige Beglaubigung der zugestellten Kopie der Revisionsschrift in einem derselben aufgedrückten Anwaltsstempel gefunden hat, so lag jener Fall von dem gegenwärtigen verschieden. Dort war die dem Gerichte überreichte Abschrift von dem betreibenden Anwalte durch Namensunterschrift beglaubigt, und es ergab sich aus den Umständen, daß der Anwalt durch Beifügung seines Trockenstempels auf dem zuzustellenden Schriftstücke auch dessen Beglaubigung bezweckte, während hier der Name des zustellenden Anwaltes offenbar im voraus beigedruckt ist und überdies die am Schlusse des Schriftsatzes befindlichen Worte: „Für die Abschrift“ durchstrichen sind, sodaß einerseits der aufgedruckte Name

[1] Urt. des I. Civilsenats v. 14. Juli 1881 i. S. St. zu H. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. I. 556/81. D. E.

des Anwaltes nicht den ganzen Inhalt des zugestellten Schriftstückes deckt, andererseits aber auch erhellt, daß der zustellende Anwalt überhaupt nicht die Absicht hatte, eine Beglaubigung vorzunehmen.

Mit Unrecht behauptet der Vertreter der Revisionskläger, es lasse sich aus §. 156 C.P.O. nicht herleiten, daß der Zustellungsakt bei dem Mangel der Beglaubigung des zugestellten Schriftstückes nichtig sei. Der Zustellungsempfänger hat ein Recht darauf, daß er ordnungsmäßig, in der gesetzlich vorgeschriebenen Form, geladen wird, er begiebt sich seines Rügerechtes nur durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht, in Gemäßheit der in §. 267 C.P.O. enthaltenen, nach §. 520 auch für die Revisionsinstanz geltenden Vorschriften, nicht aber auch dadurch, daß er der ordnungswidrigen Ladung Folge leistet, sobald er nur, ohne in die Verhandlung der Sache selbst einzutreten, die Unzulässigkeit des Rechtsmittels geltend macht."

---

110. Ist auf den Antrag des Revisionsbeklagten, den im Verhandlungstermine nicht erschienenen Revisionskläger, welcher das Rechtsmittel zurückgenommen hat, der Revision verlustig zu erklären, Versäumnisurteil zu erteilen?

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Januar 1882 i. S. F. (Kl.) w. Etl. (Bekl.) Rep. I. 630/81.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte hat gegen das ihn verurteilende Urteil des Kammergerichtes Revision eingelegt. Vor dem auf den 28. Dezember 1881 anberaumten Termine zur mündlichen Verhandlung ging bei dem Reichsgerichte eine von dem Anwalte des Revisionsklägers beglaubigte Abschrift einer Erklärung desselben vom 24. Dezember 1881, ein, in welcher die eingelegte Revision zurückgenommen wird. In dem Termine vom 28. Dezember 1881 erschien nur der Revisionsbeklagte und stellte einen Antrag. Der Termin wurde zur Urteilsverkündigung auf den 11. Januar 1882 verlegt. In diesem Termine wurde, da infolge einer Erkrankung das Kollegium anders zusammengesetzt und ein Urteil nicht beraten war,

von neuem verhandelt. Von den Parteien war nur der Revisionsbeklagte erschienen. Derselbe wies nach, daß er den Revisionskläger zur Verhandlung über den von ihm in dem Termine zu stellenden Antrag:

den Revisionskläger des Rechtsmittels der Revision für verlustig zu erklären und ihm die Kosten der Revisionsinstanz aufzuerlegen,

zu dem neuen Termine geladen habe, daß das Urteil des Kammergerichtes ihm am 29. Juli, die Revision des Gegners am 24. August 1881 zugestellt worden sei, legte die ihm am 27. Dezember 1881 zugestellte Zurücknahme der Revision, welche vom 24. Dezember 1881 datiert und mit der bei dem Reichsgerichte eingereichten beglaubigten Abschrift wörtlich übereinstimmt, vor und stellte den vorstehenden Antrag. Durch Versäumnisurteil wurde diesem Antrage gemäß erkannt aus folgenden

Gründen:

...„Das Gericht hat sich davon überzeugt, daß der Revisionskläger sein Rechtsmittel durch die dem Revisionsbeklagten zugestellte Erklärung vom 24. Dezember zurückgenommen hat, und der Revisionsbeklagte hat seinen Antrag auf diese Zurücknahme gegründet. Den Grund für den auf Antrag des Revisionsbeklagten durch Urteil auszusprechenden Verlust des Rechtsmittels bildet also die Zurücknahme und nicht der Umstand, daß der Revisionskläger in dem auf heute verlegten Termine, welcher ursprünglich zur mündlichen Verhandlung über die Revision anstand, nicht erschienen ist.

Auch ist die Stellung des urteilenden Richters bezüglich der in Frage kommenden prozessualischen Thatsachen eine andere als in Bezug auf die das unter den Parteien streitige materielle Rechtsverhältnis begründenden Thatsachen.

Dennoch machen sich auch in betreff dieser prozessualischen Thatsachen die Folgen eines Versäumnisses der einen oder der anderen Partei geltend. Es ist ein anderes, ob der Richter auf Vortrag beider Parteien über die seiner Beurteilung unterstellten Thatsachen zu urteilen hat, oder ob ihm nur von einer Partei die Materialien vorgelegt werden. Es kann sich sogleich diese Verschiedenheit im Resultate bei der Erörterung der Frage, ob der Fall eines Versäumnisses vorliegt oder vorlag, geltend machen.

Vgl. Schwalbach in Gruchot's Beiträgen Bd. 26 S. 6 flg.

So kann, wenn beide Teile erschienen sind, die Frage, ob die Revision thatsächlich zurückgenommen worden sei, sehr wohl Gegenstand eines Streites unter den Parteien und folgeweise Gegenstand der mündlichen Verhandlung sein, wie etwa, wenn der Revisionskläger die Echtheit der betreffenden schriftlichen Erklärung bestreitet, Fälschung behauptet oder wenn er darlegt, daß er zwar anfänglich beabsichtigt habe, die Revision zurückzunehmen, daß er auch alles nach dieser Richtung vorbereitet, dann aber seinen Entschluß zurückgenommen, die betreffende Anordnung getroffen habe, daß aber die Zurücknahme wider seinen Willen irrtümlich expediert und zugestellt worden sei.

Erscheint nur der Revisionsbeklagte, so bleiben solche denkbaren und möglichen Einwendungen, wie sie der Revisionskläger hätte vorbringen können, wenn er erschienen wäre, von der Verhandlung ausgeschlossen. Der Richter hat dann auf Grund der ihm nur von dem Revisionsbeklagten vorgelegten Materialien die Frage, ob das Rechtsmittel zurückgenommen sei, zu entscheiden.

Aber auch in Beziehung auf die Folgen der Zurücknahme ist ein Streit unter den Parteien möglich. Es ist denkbar, daß der Revisionskläger sich auf ein Abkommen berufen kann, in welchem zwischen den Parteien über die Kosten der von jenem zurückzunehmenden Revision anders bestimmt war.

Erscheint nun, wie im vorliegenden Falle, der Revisionskläger nicht, so ist über den Antrag des Revisionsbeklagten zu erkennen, ohne daß mögliche, aber nicht vorgebrachte Einwendungen des nicht erschienenen Revisionsklägers in Betracht zu ziehen sind. Ist der Antrag gerechtfertigt, so ist dementsprechend durch Versäumnisurteil zu erkennen, gerade wie nach §. 296 C.P.O. dem Antrage des Klägers entsprechend zu erkennen ist, wenn derselbe durch die vorgebrachten Thatsachen gerechtfertigt wird. Daß die Folgen des Versäumnisses des Revisionsklägers mit einem Versäumnisurteil eintreten, entspricht auch für diesen Fall dem praktischen Bedürfnisse. Wenn das Bedürfnis einer Anfechtung des Urteiles in einem Falle, wie dem vorliegenden, auch nicht allzu häufig eintreten wird, so ist es doch nach Lage des einzelnen Falles sehr wohl möglich. Giebt es dann aber keinen Einspruch, so giebt es gegen das in höchster Instanz ergangene Urteil dieses Inhaltes überall kein Rechtsmittel. Das hier gewonnene Resultat stimmt auch mit dem Systeme der Civilprozeßordnung überein, nach welchem im allgemeinen ein kon-

traditorisches Urteil auf beiderseitige mündliche Verhandlung, ein Versäumnisurteil aber dann zu erteilen ist, wenn trotz der ergangenen Ladung nur eine Partei erschienen ist oder nur diese Partei verhandelt, bezw. Anträge gestellt hat.

Allerdings ist die Behauptung aufgestellt, daß das Versäumnisurteil voraussetze, daß Versäumnis einer mündlichen Verhandlung zur Hauptsache oder doch einer mündlichen Verhandlung über einen Zwischenstreit vorliege, und daß im gegebenen Falle weder das eine noch das andere vorhanden sei.

Birkmeyer in der mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 64 flg.

Allein wie sich die mündliche Verhandlung, so lange der Streit über das materielle Rechtsverhältnis zwischen den Parteien noch besteht, nicht bloß auf diesen, sondern auch auf die prozessualischen Streitpunkte bezieht, und wie folgeweise das Versäumnisurteil, wenn es bei solcher Lage der Sache zu erteilen ist, auch die Entscheidung dieser Punkte mit einschließt, so ist nicht einzusehen, weshalb die Sache bezüglich der möglichen prozessualischen Streitpunkte anders gestaltet sein soll, wenn ein Rückstand des Streitverhältnisses nur noch über einen prozessualischen Punkt unter den Parteien zu verhandeln gewesen wäre.

Demgemäß ist im vorliegenden Falle gemäß §. 529 in Verbindung mit §. 476 und §. 520 in Verbindung mit Buch II. Abschn. 2. Tit. 3 C.P.O. durch Versäumnisurteil der Revisionskläger der Revision gegen das Berufungsurteil verlustig zu erklären und in die Kosten der Revisionsinstanz zu verurteilen."

---

111. Recht eines Gläubigers auf Sicherstellung seiner Forderung im Sinne des §. 23 Ziff. 2 der Konkursordnung. Kann die Begünstigung eines Gläubigers durch bloß passives Verhalten des Gemeinschuldners geschehen?

III. Civilsenat. Urt. v. 20. Januar 1882 i. S. der Gewerbebank zu O. (Bekl.) w. den Verwalter der M.'schen Konkursmasse zu L. (Kl.) Rep. III. 516/81.

I. Landgericht Gotha.
II. Oberlandesgericht Jena.

Der Berufungsrichter hatte festgestellt, daß der Gemeinschuldner M. innerhalb der letzten zehn Tage vor dem Antrage auf Konkurseröffnung einen seiner Gläubiger, die jetzt von dem Masseverwalter verklagte Gewerbebank zu O., dadurch begünstigt habe, daß er, nachdem letztere gegen ihn einen Arrestantrag gestellt, auch ohne mündliche Verhandlung den Arrest ausgewirkt und ihm den Arrestbeschluß zugestellt hatte, obwohl er sich seiner Überschuldung klar bewußt gewesen, die Arrestanlage ohne allen Widerspruch, ohne Aufdeckung seiner Lage und ohne seinerseits das Konkursverfahren zu beantragen, über sich habe ergehen lassen. Die Revisionsklägerin rügte rücksichtlich dieser Feststellung die Verletzung des §. 23 Ziff. 2 K.O., insofern die Begünstigung eines Gläubigers in dem bloß passiven Verhalten des M. gefunden worden sei und zwar, ohne daß noch besonders festgestellt werde, daß dieses Verhalten auf Kollusionen beruht habe. — Sie rügte eine fernere Verletzung der angezogenen Gesetzesbestimmung, weil angenommen worden sei, daß ihr ein Recht auf Sicherung ihrer Forderung nicht zugestanden habe, obgleich feststehe, daß sie auf Grund der Bestimmungen der Prozeßordnung einen Arrest auf das Vermögen des M. ausgebracht habe.

Die Revision wurde als unbegründet verworfen.

Aus den Gründen:

... „Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern die Feststellung, daß die Beklagte einen Anspruch auf Sicherung ihrer Forderung mittels Pfandrechtes, wie solches ihr durch den ausgebrachten Arrest zu teil geworden, nicht gehabt habe, auf Gesetzesverletzung beruhe. Daß einer der Fälle vorliege, in welchen der Wechselgläubiger Anspruch auf Sicherstellung hat, ist von der Beklagten selbst nicht behauptet worden, noch sonst nach den Verhandlungen anzunehmen. Daß die Beklagte aber überhaupt auf Grund der Prozeßordnung in der Lage war, zur Sicherstellung ihrer Forderung einen Arrest auszubringen und sich das mit diesem verbundene Pfandrecht zu verschaffen, kann nicht als ein Anspruch auf Sicherung im Sinne des §. 23 Ziff. 2 K.O. angesehen werden. Denn rücksichtlich der Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung ist die Möglichkeit ihrer prozessualischen Erzwingung nach der Konkursordnung (§. 28) überhaupt bedeutungslos.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 398, Bd. 2 S. 378; Motive zur Konkursordnung (Ausgabe Heymann) S. 128. 130.

Der Berufungsrichter findet ferner die Behauptung der Beklagten, daß der Schuldner nicht die Absicht gehabt habe, sie zu begünstigen, und daß ihr diese Absicht nicht bekannt gewesen sei, durch die konkrete Sachlage widerlegt. Indem er damit das Gegenteil konstatiert, stellt er fest, was die Revisionsklägerin vermißt. Und zwar stellt er es fest auf Grund konkreter thatsächlicher Erwägung. Daß er aber hierbei von irriger rechtlicher Auffassung ausgegangen wäre, ist nicht erkennbar, namentlich nicht erkennbar, daß er in dem Nichtwiderspruche und dem rein passiven Verhalten des Schuldners gegenüber den Arrestanträgen eines Gläubigers unter allen Umständen eine Begünstigung dieses letzteren sehen zu müssen glaubte. So wenig berechtigt diese Annahme als eine allgemeine und prinzipielle sein würde, so wenig kann umgekehrt als mit Rechtssätzen unvereinbar angesehen werden, daß sich nach Befinden auch in dem passiven Verhalten des Schuldners und seinem Nichtwidersprechen gegen Akte des Gläubigers die Absicht, ihn vor anderen zu begünstigen, unzweideutig ausprägen und realisieren kann, zumal dann, wenn sich nach den besonderen Umständen ein auf Kollusion ruhendes stillschweigendes Einverständnis annehmen läßt. Jede Prüfung in dieser Richtung ist dem Revisionsrichter versagt." ...

---

112. 1. Kann der Anspruch auf die Erziehung der ehelichen Kinder mit dem Verfahren in Ehesachen verbunden werden?
2. Voraussetzungen der Zulässigkeit der Trennung von Tisch und Bett.

III. Civilsenat. Urt. v. 7. Februar 1882 i. S. v. S. (Bekl.) w. v. S. (Kl.) Rep. III. 531/81.

I. Landgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst

Aus den Gründen:

„Seitens der klagenden Ehefrau ist Klage auf Wiederherstellung

des ehelichen Lebens erhoben und dieser Klage von dem Ehemanne die Widerklage auf Ehescheidung, bezw. auf zeitliche Trennung von Tisch und Bett entgegengestellt worden.

Die Kombination dieser Klagen im Eheprozeß ist statthaft (§. 575 C.P.O.); nicht minder die Verbindung des widerklägerischen Anspruches, daß die Klägerin als der an der auszusprechenden Ehescheidung schuldige Teil erklärt werden möge (siehe Motive zu §. 575 C.P.O.). Dagegen kann der weitere Anspruch des Beklagten und Widerklägers, daß ihm die Erziehung der drei Kinder übertragen werden solle, in dem dermaligen eheprozessualischen Verfahren zur Entscheidung nicht gelangen. Wenn auch der Ausspruch über die Schuld des einen oder anderen Ehegatten an der Trennung und über die Berechtigung zur Wiederverheiratung von der Verhandlung über die Ehescheidungsklage nicht getrennt werden kann, weil jener Ausspruch mit dem Erfolge dieser Klage aufs engste zusammenhängt, so besteht doch ein gleicher Zusammenhang nicht auch mit der Frage, welchem der beiden Eheleute die Erziehung der Kinder zu übertragen sei. Diese Frage ist nach Gesichtspunkten zu entscheiden, welche in die Verhandlungen über den Ehescheidungsprozeß nicht notwendig gehören und von dem Ergebnisse desselben nicht ausschließlich abhängig sind. Folgerichtig muß denn auch der Anspruch des einen der streitenden Ehegatten auf die Erziehung der Kinder unter die Regel des §. 575 C.P.O. gestellt und somit seine Verbindung mit dem Eheprozesse für unstatthaft erklärt werden. Das Urteil des Berufungsrichters, welches gleichwohl in der Widerklage auf bleibende Trennung dem beklagten Widerkläger für den Fall der Eidesverweigerung die Erziehung der drei Kinder zugesprochen hat, ist daher, weil einer positiven Vorschrift des Prozeßgesetzes widersprechend, aufzuheben.

Ebenso ist aber auch das Urteil des vorigen Richters über die eventuelle Klage auf zeitliche Trennung wegen Rechtsverletzung aufzuheben und demnächst die Sache, da sie zur Endentscheidung noch nicht reif ist, in die vorige Instanz zurückzuweisen.

Der Berufungsrichter geht davon aus, daß sich die Trennung von Tisch und Bett, da sie bei unterbleibender Versöhnung nach dem Ablaufe des bestimmten Zeitraumes die gänzliche Ehescheidung zur Folge habe, nur auf solche Gründe stützen lasse, aus welchen eine „wesentliche und bleibende Hinderung des ehelichen Zusammenlebens und des ehe-

lichen Friedens" gefolgert werden könne. Er folgt dabei der kurhessischen Gerichtspraxis, welche zu einer so engen Begrenzung der Zulässigkeit der temporären Trennung von Tisch und Bett gelangt ist, weil sie ihr die rechtliche Folge beigelegt hat, daß nach Ablauf der festgesetzten Separationszeit, sofern eine Versöhnung der Ehegatten nicht eingetreten, auf Anrufen des einen oder anderen Teiles, ohne weitere Verhandlung die Ehescheidung erkannt werden müsse. Dieser Gerichtsgebrauch hat aber keine partikularrechtliche Grundlage, er ist vielmehr aus der in Beziehung auf eine gemeinrechtliche Streitfrage von den vormaligen kurhessischen Konsistorien unter Billigung des Oberappellationsgerichtes zu Kassel befolgten Ansicht hervorgegangen (vgl. Strippelmann, Ehescheidungsrecht §§. 77 und 78; Pfeiffer, Prakt. Ausführungen Bd. 2 S. 329 flg. und Bülow und Hagemann, Prakt. Erörterungen Bd. 4 S. 342 flg.). In den im vormaligen Kurfürstentume Hessen zur Anwendung gekommenen Grundsätzen darf man daher nicht mit der Vorinstanz partikularrechtliche Rechtsnormen finden wollen.[1]

Nach gemeinem protestantischen Kirchenrechte bildet aber die zeitweise Trennung von Tisch und Bett ein Mittel zum Versuch der Aussöhnung der Eheleute, welches zur Scheidung führen kann, dessen Anordnung durch das sie aussprechende Erkenntnis jedoch nicht dergestalt als eine bindende Vorentscheidung angesehen werden darf, daß nach fruchtlosem Ablaufe der festgesetzten Separationszeit auf Verlangen des einen der beiden Ehegatten die Ehescheidung erkannt werden müßte und es ausgeschlossen wäre, zunächst entweder eine nochmalige temporäre Trennung oder die Anwendung von Zwangsmitteln behufs der Wiedervereinigung eintreten zu lassen. Und in dem Gebiete des gemeinen Rechtes kann ein Gerichtsgebrauch, welcher einer unrichtigen Ansicht gefolgt ist, Beachtung nicht in Anspruch nehmen.

Es kann demnach die Beschränkung der Zulässigkeit der Trennung von Tisch und Bett, von welcher die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der vormaligen kurhessischen Gerichtspraxis bei seiner Entscheidung ausgeht, nicht gebilligt, vielmehr muß anerkannt werden, daß eine temporäre Trennung nicht zur notwendigen Voraussetzung hat, daß sich zur Zeit schon eine bleibende Hinderung des ehelichen Zusammenlebens und des ehelichen Friedens feststellen läßt, sondern auch dann

[1] Vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 3 Nr. 59 S. 210. D. R.

angeordnet werden kann, wenn die sittlichen Grundlagen des ehelichen Zusammenlebens in dem Maße erschüttert worden sind, daß mindestens zur Zeit das Zusammenleben völlig unerträglich sein, in der Erzwingung desselben eine nicht zu rechtfertigende Härte liegen würde." ...

---

113. Wechsel der Gerichtsmitglieder bei den mündlichen Verhandlungen im Prozesse. Urteilsfällung durch diejenigen Richter, welche der Schlußverhandlung beigewohnt haben.

C.P.O. §§. 280. 320.

Ist eine Beschwerde gegen das Verfahren des Landgerichtes mit Umgehung des Berufungsgerichtes in der Revisionsinstanz zulässig?

C.P.O. §§. 267. 501.

Außergerichtliches Geständnis als Beweismittel. Freie Stellung des Richters bei Ermittelung der Existenz und der Größe eines Schadens.

C.P.O. §§. 259. 260.

III. Civilsenat. Urt. v. 9. März 1882 i. S. der Preuß. National-Versicherungs-Ges. zu St. (Bekl.) w. W. St. zu W. (Kl.) Rep. III. 588/81.

I. Landgericht Darmstadt, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Entscheidung ist oben unter „Gemeines Recht" Nr. 54 S. 190 abgedruckt.

---

114. Verbürgung der Gegenseitigkeit in Gemäßheit des §. 661 Ziff. 5 C.P.O. Vollstreckbarkeit englischer Urteile in Deutschland.[1]

[1] Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 21 S. 14; Blätter für Rechtsanwendung in Thüringen Bd. 19 S. 72. — Von englischen Schriftstellern sind anzuführen: Wharton, a treatise on the conflict of laws, Philadelphia 1881. Dieser behauptet §. 606: To give extra-territorial effect to a foreign judgement the following conditions are essential: 1) the court in personal actions must

II. Civilsenat. Urt. v. 7. März 1882 i. S. W. P. zu London (Kl.) w. Oskar O. u. J. W. zu Greiz (Bekl.). Rep. II. Nr. 475/81.

I. Landgericht Greiz.
II. Oberlandesgericht Jena.

Kläger begehrte, daß einem Urteile, welches er gegen die Beklagten von einer Spezialjury der Grafschaft Middlesex in England erwirkt hatte, und welches am 4. Januar 1876 in die Register des High court of justice exchequer division eingetragen worden ist, die Vollstreckungsklausel beigefügt werde. — Die Beklagten machten hiergegen geltend, daß die Gegenseitigkeit nicht verbürgt sei; Kläger berief sich auf einen Aufsatz des barrister at law Alexander im Journal du droit international privé, sowie auf sachverständige Zeugen. Das Oberlandesgericht erachtet diesen Beweis als in seiner Anlage verfehlt; die Benennung verschiedener Schriftsteller genüge nicht, da hier gerade nicht allein sich widersprechende Ansichten entgegenträten, sondern es auch meistens an der Zuverlässigkeit der Grundlagen gebreche. Die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht verletzt den §. 661 Ziff. 5 C.P.O. nicht, wenn es davon ausgeht, daß der Beweis, es sei betreffs der Voll-

have jurisdiction of the person of the party sued. — 3) the parties interested must have been duly summoned. — 4) the judgement, if in personam, and for a pecuniary claim, must be for a fixed sum. Sodann §. 647: It is now settled in England that a judgement, under the conditions above stated, is conclusive on the merits, if such judgement be for a definite sum; and this even, though the judgement proceeded on a mistaken notion of English law.

Ähnliches ist in dem vom Kläger angerufenen Aufsatze im Journal du droit international 1878 S. 29, 1879 S. 136. 137. 143. 145. 151 u. 516/517 entwickelt. Das Hauptwerk ist das von Francis Taylor Piggot, foreign judgements. Vgl. hier insbesondere Bd. 1 S. 29 flg., wo ein Unterschied gemacht wird, ob der Kläger das ausländische Urteil geltend macht oder der Beklagte darauf die exc. rei judicatae stützt. Vgl. ferner Bd. 2 (erst 1881 erschienen) S. 25 flg.: the judgements extension act von 1868 bezieht sich nur auf das Verhältnis von England, Schottland und Irland.

Foelix, traité du droit international Bd. 2 Nr. 328 u. 403. 404 reproduziert vorzugsweise Wheaton, wonach das ausländische Urteil für den Kläger in England jedenfalls prima facie Beweis schafft. D. E.

ſtreckung von Urteilen deutſcher Gerichte in England und umgekehrt von in England ergangenen Urteilen in Deutſchland die Gegenſeitigkeit verbürgt, dem Kläger obliege; denn dieſer hat nach allgemeinen Rechtsgrundſätzen den Beweis der Vorausſetzungen für ſeinen Antrag, wozu hier die Verbürgung der Gegenſeitigkeit gehört, zu führen.

Wenn ſodann das Oberlandesgericht ausſpricht, daß durch die Beweiſe, welche Kläger vorgelegt oder angeboten hat, die richterliche Überzeugung von der Verbürgung der Gegenſeitigkeit nicht erbracht werde, ſo iſt dies eine der Nachprüfung im Reviſionsverfahren entzogene thatſächliche Erwägung, und ſofern der Vertreter des Reviſionsklägers weiter rügt, daß nicht aus der vorgelegten Abhandlung im Journal du droit international privé die Überzeugung von der dem Kläger günſtigen Praxis der engliſchen Gerichtshöfe geſchöpft worden ſei, ſo erhebt er damit den Vorwurf der Verkennung des engliſchen Rechtes, welches aber nicht reviſibel iſt. Die Rüge endlich, daß nach §§. 265. 661 C.P.O. der Richter nicht bloß befugt, ſondern auch verpflichtet geweſen wäre, ſich ſelbſt die Kenntnis des engliſchen Rechtes zu verſchaffen, ſcheitert, abgeſehen von der Frage, ob eine ſolche Pflicht anzunehmen ſei, ſchon daran, daß Kläger zugiebt, daß kein engliſches Geſetz beſtehe, welches die Gegenſeitigkeit zuſichert, daß dieſe vielmehr nur aus der Übung der engliſchen Gerichte hervorgehe. — Dieſe Übung iſt aber kein geltendes Recht, deſſen Erforſchung dem Richter obliegen könnte, bietet auch in Rückſicht auf die Schwankungen,[1] welchen ſie unterlegen hat und in Zukunft noch unterliegen kann, keineswegs die vom Geſetze geforderte Garantie der Gegenſeitigkeit."

---

115. Pflichten des Berufungsgerichtes, an welches die Sache nach Aufhebung ſeines früheren Urteiles zur anderweiten Verhandlung und Entſcheidung zurückverwieſen iſt.

C.P.O. §. 528 Abſ. 1.

II. Civilſenat. Urt. v. 4. November 1881 i. S. Schw. (Bekl.) w. G. (Kl.) Rep. II. 376/81.

---

[1] Die Entſcheidung beruht vorzugsweiſe darauf, daß nach dem in der vorgehenden Note zuſammengeſtellten Materiale die Praxis nicht als eine konſtante erkannt werden konnte. D. E.

I. Landgericht Straßburg.
II. Oberlandesgericht Kolmar.

Durch Urteil des Reichsgerichtes vom 8. April 1881 wurde ein Urteil des O.L.G.'s zu Kolmar aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an dasselbe zurückverwiesen. Das neu ergangene Urteil wurde gleichfalls aufgehoben aus folgenden prozessualen

Gründen:

„Das angegriffene Urteil geht von der Erwägung aus,
„daß (1) auf Grund des (das frühere Berufungsurteil aufhebenden) Urteiles des Reichsgerichtes jetzt als endgültig festgestellt anzusehen sei, daß die Eheleute G. bis zum Ablaufe des 23. April 1880 den eine Woche vorher mit dem Beklagten Sch. geschlossenen Kaufvertrag durch Zahlung der Forderungen des letzteren hinfällig zu machen berechtigt waren, — daß (2) auf Grund jenes Urteiles ferner feststehe, daß das vor Ablauf dieser Frist gemachte Realanerbieten mit nachgefolgter Hinterlegung als eine genügende Erfüllung der für die Annullierung des Kaufvertrages gestellten Bedingung anzusehen sei, falls (3) für Sch. den Eheleuten G. gegenüber die vertragsmäßige Verpflichtung bestand, die von dem Anbietenden verlangte Subrogation in die Rechte des Sch. zu erklären; — diese letztere Frage aber wiederholt auf Grund der erneuerten Verhandlung der Sache zu prüfen sei."

Nach eingehender Erörterung dieser dritten Frage und in Bejahung derselben wird dann aus ihrer Bejahung

„in Verbindung mit den Annahmen und Feststellungen des Urteiles vom 10. Januar 1881, soweit dieselben durch die Entscheidung des Revisionsgerichtes unter Zurückweisung der dagegen erhobenen Angriffe aufrecht erhalten worden sind,"

gefolgert, daß die für die Annullierung des Kaufgeschäftes vom 16. April 1880 gestellte Bedingung rechtzeitig und genügend erfüllt worden, und demgemäß nach dem Berufungsantrage erkannt.

Die auf dieser Grundlage beruhende Entscheidung kann nicht aufrecht erhalten werden. Es ist rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter annimmt, daß die beiden hervorgehobenen Sätze durch das Revisionsurteil „aufrecht erhalten worden" und jetzt „endgültig

festgestellt" seien. Das beide Sätze als Grundlagen enthaltende Berufungsurteil vom 10. Januar 1881 ist schlechthin, im ganzen, aus materiellen und prozessualen Gründen (Verletzung der Artt. 1175 und 1250 Nr. 1 Code civil und §§. 259 und 513 Nr. 7 C.P.O.) aufgehoben worden. Und wenn auch der Grund dieser Aufhebung jene Sätze selbst nicht trifft, indem sogar die wider sie erhobenen Angriffe der früheren Revision zurückgewiesen worden sind, so ist doch zunächst selbstverständlich, daß dieselben dadurch nicht zu Feststellungen des Reichsgerichtes selbst geworden sind; ebensowenig enthält die Zurückweisung jener Angriffe irgend eine „rechtliche Beurteilung", welche in Gemäßheit des §. 528 Abs. 2 C.P.O. der Berufungsrichter seiner neuen Entscheidung zu Grunde zu legen hat. Aber auch als vom Berufungsrichter selbst festgestellte Grundlagen des Urteiles haben sie formell zu bestehen aufgehört....

Demzufolge mußte die „zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung" zurückgewiesene Sache als in dieselbe prozessualische Lage zurückgebracht erachtet werden, in welcher sie vor Erlaß des aufgehobenen Urteiles sich befand. Nach wie vor war der Streitgegenstand in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem zu verhandeln (§. 487 C.P.O.), die Parteien waren also berechtigt, die bei der früheren Verhandlung zur Rechtfertigung ihrer Anträge gemachten Ausführungen auch bezüglich jener beiden Streitfragen zu wiederholen und durch weitere Argumente zu vervollständigen. Aber selbst, wenn sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machten, und auch der Vorsitzende keine Veranlassung fand, von der nach §. 488 C.P.O. ihm zustehenden Befugnis Gebrauch zu machen, so gehörten doch zu dem durch den §. 499 C.P.O. bestimmten Gegenstande der Verhandlung und der Entscheidung des Berufungsgerichtes selbst jene beiden Streitpunkte ebensosehr wie die dritte Frage, auf welche ja ihrem Inhalte zufolge überhaupt erst nach Feststellung der beiden ersteren etwas ankommen konnte. Die Besetzung des Berufungsgerichtes ist ein hierbei gar nicht in Betracht kommender Gesichtspunkt; wie bei einer Besetzung des Gerichtes mit durchweg anderen Richtern die beiden Streitpunkte durchaus frei zu prüfen und nach eigener durch nichts präjudizierter Überzeugung zu entscheiden waren, eben so mußte das Gericht auch bei unveränderter Besetzung zu gleicher Behandlung der Sache sich berechtigt und verpflichtet erachten. Ergab die Beratung, daß die Überzeugung der Richter bezüglich jener

Punkte dieselbe sei, wie die in den früheren Feststellungen ausgesprochene, so genügte es zur Begründung des zu erlassenden Urteiles, dieses Ergebnis als solches in erkennbarer Weise zum Ausdrucke zu bringen.

Hieran läßt aber das angegriffene Urteil es gänzlich fehlen. An keiner Stelle der Urteilsbegründung ist ein Anhalt für die Annahme gegeben, daß der Berufungsrichter sich zu neuer Prüfung und Entscheidung jener beiden Streitfragen für berechtigt und verpflichtet erachtet, und die hervorgehobenen Feststellungen als eigene und aus erneuerter Prüfung und Entscheidung hervorgegangene habe angesehen wissen wollen; eine solche Annahme erscheint vielmehr ausgeschlossen."

---

116. 1. Cessibilität eines von Gegenleistungen abhängigen Forderungsrechtes mit Rücksicht auf §. 737 Abs. 1 C.P.O.
2. Voraussetzungen der Klage des Gläubigers, für den ein von Gegenleistungen abhängiges Forderungsrecht gepfändet ist, gegen den Drittschuldner.

I. Civilsenat. Urt. v. 21. Januar 1882 i. S. W. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. I. 634/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Für den W. wurde durch das Amtsgericht Hamburg eine dem verurteilten Schuldner des ersteren, Sch., gegen den K. zustehende Forderung gepfändet, welche gerichtet war auf „Rückübertragung" eines dem K. von Sch. entgeltlich übertragenen Mietkontraktes über ein dem hamburgischen Staate gehörendes Wirtschaftslokal, den Alsterpavillon, und des ebenfalls übertragenen Wirtschaftsinventars. Diese Forderung beruhte auf einer Nebenberedung des erwähnten Übertragungsvertrages, und zwar war bedungen, daß die Rückübertragung auf Verlangen des Sch. stattfinden sollte gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme und gegen Übernahme der Verpflichtung, während einer Reihe von Jahren gewisse Prozente von dem Ertrage des Wirtschaftsbetriebes an den K. abzugeben. Die im weiteren Verlaufe von W. gegen den Drittschuldner

K. auf „Übertragung" des Mietkontraktes und des Inventars angestellte Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen, und die dagegen eingelegte Revision verworfen. Das Nähere ergiebt sich aus folgenden

Gründen:

„Die Ausstellungen des Klägers an den Gründen der vorigen Richter erschienen an sich nicht als völlig unbegründet. Der Beschluß des Amtsgerichtes H., auf welchen die Klage gestützt ist, erklärt zu Gunsten des Klägers den dem Wirte Sch. gegen den Beklagten angeblich zustehenden Anspruch aus dem Vertrage über den Alsterpavillon, laut dessen Sch. gegen Zahlung von 150 000 ℳ den von ihm gepachteten Alsterpavillon dem Beklagten bis 1899 unter dem Vorbehalte übertragen habe, daß er gegen gewisse Gegenleistungen die Rückübertragung fordern könne, für gepfändet, untersagt dem Beklagten, den bezeichneten Anspruch mit Sch. auszugleichen, unter dem Hinzufügen, er habe sich vielmehr mit dem eingewiesenen Gläubiger auseinanderzusetzen, und Sch. habe sich jeder Verfügung über den Anspruch zu enthalten, legt dem Kläger vorgängige Bestellung einer Kaution von 30 000 ℳ dafür auf, daß ein etwa aus der Realisierung des beregten Rechtes erzielter Überschuß über die zu deckende Forderung dem Sch. oder etwaigen sonstigen Gläubigern desselben gesichert bleibe, und schreibt ihm vor, das Recht, in welches er eingewiesen werde, innerhalb sechs Monaten in geeigneter Weise zu realisieren.

Wenn nun das Oberlandesgericht diesen Beschluß so auslegt, daß der Kläger, ehe er irgend einen weiteren Schritt in der Sache thun könnte, sich mit neuen Anträgen an das Amtsgericht wenden müßte, um die Anordnung einer bestimmten Art der Realisierung des gepfändeten Anspruches zu erwirken, so setzt es sich mit dem deutlich erkennbaren Sinne der Verfügung in Widerspruch. Es behandelt dieselbe so, als wäre dadurch überhaupt nur erst die Pfändung selbst vollzogen, und noch keine weitere, auf die Verwertung des Pfandgegenstandes bezügliche Anordnung getroffen, während doch das Amtsgericht auch schon den Kläger in den Anspruch „eingewiesen" und ihm die „in geeigneter Weise" zu beschaffende „Realisierung" nicht nur überlassen, sondern sogar auferlegt hat. Mit Recht hat der Kläger insbesondere bemerkbar gemacht, daß die Anordnung der Kautionsbestellung keinen Zweck haben würde, wenn nicht dem Kläger selbst jetzt bereits die Realisierung anvertraut sein sollte. Das Amtsgericht hat hier eben

von dem Ermessen, welches durch die §§. 745 verglichen mit 743. 754 und 746 verglichen mit 726 C.P.O. bei der Verwertung gepfändeter Ansprüche von komplizierterer Beschaffenheit dem Vollstreckungsgerichte gelassen ist, in sehr freier Weise Gebrauch gemacht.

Es darf aber andererseits nicht übersehen werden, daß die Bedeutung des amtsgerichtlichen Beschlusses in dieser Beziehung zunächst nur auf dem Gebiete des zwischen dem Kläger und Sch. bestehenden Rechtsverhältnisses liegt. Davon völlig zu trennen ist die Frage, inwiefern der Kläger daraus bereits einen klagbaren Anspruch gegen den Beklagten erworben habe: und hier war den Gründen des Oberlandesgerichtes doch im wesentlichen beizustimmen. Zuvörderst war es auch in negativer Richtung nur zu billigen, wenn das Oberlandesgericht der Anschauung des Landgerichtes, daß der in Rede stehende Anspruch auf Grund besonderer Willensmeinung der ursprünglichen Kontrahenten überhaupt nicht cessibel sei, also auch nicht mit der entsprechenden Wirkung gepfändet werden könne, entgegengetreten ist. Allerdings gilt auch hier analog, was das Reichsoberhandelsgericht (Entsch. Bd. 12 S. 77) in betreff der Cessionen von Ansprüchen aus gegenseitigen Verträgen ausgesprochen hat: daß der Cessionar nur insofern berechtigt werde, als er die nach dem Vertrage dem Cedenten obliegende Gegenleistung beschaffe und nach ihrer Natur zu beschaffen vermöge. Aber im vorliegenden Falle würde der Kläger auch hieran eventuell nicht etwa durch eine höchst persönliche Beschaffenheit der Gegenleistung gehindert sein. Ganz klar ist dies zunächst in Ansehung der Zahlung von 150 000 ℳ nebst Zinsen; aber auch der fernere Teil der Gegenleistung, nämlich die Zahlung gewisser Prozentsätze von dem Gewinne, den Sch. als Wirt des Alsterpavillons in den nächsten Jahren erzielen würde, ist nicht für ausschließlich an die Person des Sch. geknüpft zu erachten; denn es sind doch immerhin keine persönlichen Arbeitsleistungen, sondern nur Geldzahlungen, in welchen auch dieser Teil der Gegenleistung besteht, und das durch die persönliche Wirksamkeit des Sch. gegebene Maß des Betrages würde jedenfalls ersetzt werden können durch eine Abschätzung, welche den höchsten Gewinn feststellte, den Sch. denkbarer Weise in den betreffenden Jahren aus jenem Wirtschaftsbetriebe ziehen könnte.

Aber andererseits ist es auch richtig und liegt sogar auf der Hand, daß der Kläger keinenfalls so gegen den Beklagten würde klagen können, wie er geklagt hat, nämlich einfach auf „Übertragung" des Mietkon-

traktes über den Alsterpavillon und des Inventares auf den Kläger gegen Zahlung von 150 000 ℳ und gegen Übernahme der Verpflichtung, Prozentsätze, sei es von dem Ertrage irgend eines anderen Wirtschaftsbetriebes als desjenigen des Sch., sei es von dem Durchschnittsertrage des Sch.'schen Wirtschaftsbetriebes in den letztvergangenen Jahren, zu entrichten; denn damit würde die Gegenleistung willkürlich verändert werden. Die Hauptsache ist aber, daß ein Klagrecht gegen den Beklagten durch die bisherigen Anordnungen des Amtsgerichtes dem Kläger überhaupt noch nicht erwachsen ist. Mit Recht hat das Oberlandesgericht hervorgehoben, daß, wenn das Amtsgericht den Kläger als „eingewiesenen" Gläubiger bezeichne, damit offenbar keineswegs eine „Überweisung" im Sinne der §§. 736 und 737 C.P.O. hat ausgesprochen sein sollen, welcher Ausdruck vielmehr absichtlich vermieden zu sein scheint. Es ist also der Kläger durch diese „Einweisung" nicht etwa dem Drittschuldner, dem jetzigen Beklagten, gegenüber einem Cessionar gleichgestellt, sondern nur dem Sch. gegenüber als der zur Betreibung der „Realisierung" Berechtigte bezeichnet worden." ...

---

117. Rechtskraft der Endurteile der Oberlandesgerichte mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§. 508. 509 Nr. 1 C.P.O.

I. Civilsenat. Beschl. v. 25. Januar 1882 i. S. R. & Co. (Kl.) w. W. Ehefrau u. Gen. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 1/82.

I. Oberlandesgericht Hamburg.

In einem in erster Instanz beim Landgerichte Bremen anhängig gewesenen vermögensrechtlichen Rechtsstreite, dessen Gegenstand den Wert von 1500 ℳ nicht überstieg, hatte das Oberlandesgericht auf Berufung der Klägerin ein bedingtes Endurteil erlassen und alsbald das Amtsgericht Bremen um Abnahme des Eides ersucht. Die Beklagten reichten darauf beim Oberlandesgerichte ein Gesuch um Zurücknahme dieser letzteren Anordnung ein, indem sie sich darauf beriefen, daß das Urteil noch keine Rechtskraft erlangt habe. Auf abschlägigen Bescheid des Oberlandesgerichtes wandten sie sich mit einer Beschwerde

an das Reichsgericht, und dieses verfügte die einstweilige Zurücknahme des an das Amtsgericht gerichteten Ersuchens aus folgenden

Gründen:

„Die Zulässigkeit der erhobenen Beschwerde unterlag nach der allgemeinen Bestimmung des §. 530 C.P.O. keinem Bedenken.

In der Sache selbst haben sich die Beklagten mit Recht auf den zweiten Absatz des §. 425 C.P.O. berufen, wonach die Ableistung eines durch bedingtes Endurteil auferlegten Eides erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urteiles erfolgen soll. Denn nach §. 645 C.P.O. tritt die Rechtskraft eines Urteiles, gegen welches ein Rechtsmittel zulässig ist, nicht vor Ablauf der für die Einlegung des letzteren bestimmten Frist ein. Nun ergiebt aber der §. 509 Nr. 1 in Verbindung mit §. 507 C.P.O. in der That, daß sehr wohl gegen ein in der Berufungsinstanz von einem Oberlandesgerichte erlassenes (bedingtes oder unbedingtes) Endurteil die Revision statthaft sein kann, obgleich es sich nur um einen vermögensrechtlichen Anspruch handelt, und der durch §. 508 Abs. 1 für solchen Fall verlangte, den Betrag von 1500 ℳ übersteigende Wert des Beschwerdegegenstandes nicht gegeben ist. Die Beklagten gehen freilich zu weit, wenn sie meinen, durch §. 509 Nr. 1 sei bewirkt, daß gegen alle in der Berufungsinstanz ergangenen Endurteile der Oberlandesgerichte die Revision stattfinde. Es giebt Fälle, wo schon formell eine Revision, bei der es sich um Unzuständigkeit des Gerichtes oder Unzulässigkeit des Rechtsweges oder Unzulässigkeit der Berufung handeln könnte, völlig ausgeschlossen ist, z. B. wenn ein Kläger vom Landgerichte mit seiner Klage abgewiesen, und die dagegen von ihm erhobene Berufung verworfen wäre, ohne daß dabei einer jener drei Gründe in Frage gekommen wäre. Die Rechtskraft bleibt vielmehr wegen der Bestimmung des §. 509 Nr. 1 nur dann suspendiert, wenn nach Lage des einzelnen Falles einer jener drei Punkte formell überhaupt als Revisionsgrund denkbar ist, was allerdings in sehr vielen Fällen zutreffen wird. Insbesondere ist es auch in dem jetzt vorliegenden so. Da das die Klage abweisende Urteil erster Instanz auf Berufung des Klägers abgeändert worden ist, so wäre formell die Möglichkeit gegeben, auf etwaige Revision der Beklagten das Berufungsurteil wegen Unzulässigkeit der Berufung, falls sich eine solche herausstellen sollte, aufzuheben, obgleich die Beklagten selbst in der Berufungsverhandlung die Unzulässigkeit nicht behauptet haben,

weil die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach §. 497 C.P.O. von Amts wegen zu prüfen gewesen sein würde. Es kann nämlich nicht (mit Puchelt, C.P.O. Bd. 2 Anm. 3 und 4 zum §. 509) angenommen werden, daß der Fall des §. 509 Nr. 1 nur bei Verwerfung der Berufung als unzulässiger, nicht auch bei ihrer Zulassung gegeben sei. Selbst wenn dem klaren Wortlaute der Bestimmung gegenüber überhaupt aus ihrer Entstehungsgeschichte argumentiert werden dürfte, so würde doch hier der Umstand, daß nach §. 485 des Regierungsentwurfes die Zulässigkeit der Revision nur durch Verwerfung der Berufung wegen Unzulässigkeit, nicht auch durch ihre Zulassung bewirkt werden sollte, nicht ins Gewicht fallen, weil die gegenwärtig geltende Bestimmung mit der damals beantragten, die sich aus der ins Auge gefaßten, aber nicht in das Gesetz übergegangenen Beschränkung der Revision durch konforme Vorentscheidungen erklärte, in keinem inneren Zusammenhange steht. Da mithin jedenfalls die eine, die Unzulässigkeit der Berufung betreffende Bestimmung des §. 509 Nr. 1 hier einschlägt, so bedarf es einer entsprechenden Erörterung in Ansehung der „Unzuständigkeit des Gerichtes" oder der „Unzulässigkeit des Rechtsweges" für den gegenwärtigen Fall nicht.

Die Ansicht des Oberlandesgerichtes, welche darauf hinaus läuft, daß im einzelnen Falle zu untersuchen wäre, ob nach den bisherigen Prozeßverhandlungen die Einlegung der formell zulässigen Revision auf Grund des §. 509 Nr. 1 C.P.O. mehr oder weniger wahrscheinlich sei, findet im Gesetze keinen Anhalt. Auch kann es nicht darauf ankommen, daß die formell zur Einlegung berechtigte Partei selbst gar nicht die Absicht, von dem Rechtsmittel Gebrauch zu machen, zu erkennen gegeben, noch das Vorhandensein eines nach §. 509 Nr. 1 C.P.O. wirksamen Revisionsgrundes behauptet hat. Denn die Rechtsmittelfrist hat eben die Bedeutung, daß die Partei bis zum Ablaufe derselben noch deliberieren kann, ob sie das Rechtsmittel zur Hand nehmen will, oder nicht, und selbst Revisionsgründe geltend zu machen, würde sie bekanntlich sogar in der Revisionsinstanz formell noch nicht nötig haben. Dabei mag es übrigens unbedenklich erscheinen, nach durchgeführter Revisionsverhandlung die Revision in einem Falle, wo die Beschwerdesumme 1500 ℳ nicht übersteigt, und weder ein nach §. 509 Nr. 1 in Betracht kommender Revisionsgrund vorgebracht ist, noch von Amts wegen irgend welche Veranlassung zu seiner Er-

örterung gefunden wird, im Anschlusse an die Ausdrucksweise des §. 508 Abs. 1 ohne weitere Unterscheidung als „unzulässig" zu verwerfen. Andererseits ist hervorzuheben, daß, wie sich aus der obigen Darlegung ergiebt, die Auffassung, von welcher bei dem gegenwärtigen Beschlusse ausgegangen worden ist, von dem Bedenken der vorigen Richter, daß trotz der Bestimmung des §. 508 C.P.O. die Rechtskraft aller in der Berufungsinstanz ergangenen Endurteile der Oberlandesgerichte von dem Ablaufe der Revisionsfrist abhängig gemacht werden würde, nicht getroffen wird, und es darf somit dahingestellt bleiben, welcher Wert der hierauf bezüglichen Erwägung, daß diese Wirkung kaum vom Gesetzgeber gewollt oder zweckmäßig sein möchte, an sich beizumessen sein würde.". . . .

---

118. Ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung auch gegen denjenigen begründet, der die Handlung nicht selbst beging, sondern nur für die Folgen derselben civilrechtlich haftet?

II. Civilsenat. Urt. v. 3. Februar 1882 i. S. Eisenbahndirektion zu Köln (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. II. 451/81.

I. Landgericht Koblenz.
II. Oberlandesgericht Köln.

Aus den Gründen:

„Die erhobene Klage wird darauf gestützt, daß bei Gelegenheit der von der Beklagten unternommenen, die Legung eines zweiten Geleises bezweckenden Sprengarbeiten an der Moselbahn zwischen Pommern und Carden (Landgerichtsbezirk Koblenz) der als Arbeiter beschäftigte Kläger infolge einer durch die unverantwortliche Nachlässigkeit der Beklagten bezw. des von ihr angestellten Schachtmeisters veranlaßten Explosion eines alten mit Dynamit noch geladenen Bohrloches körperlich beschädigt worden sei.

In dieser Aufstellung wird zweifelsohne — auch die Revisionsklägerin selbst erkennt dies an — eine unerlaubte Handlung, die durch eine unverantwortliche Vernachlässigung obliegender Sorgfalt verur-

sachte Körperverletzung des Klägers, behauptet und als Rechtsgrund des Klaganspruches hingestellt.

Die Zuständigkeit des Gerichtes, in dessen Bezirk diese Handlung begangen worden, erscheint somit durch §. 32 C.P.O. gegeben. Wenn die Revision hiergegen auszuführen sucht, der außerordentliche Gerichtsstand dieses Paragraphen treffe nur zu, wenn der Beklagte selbst gegen das Gesetz (absichtlich oder aus Unachtsamkeit) gefehlt habe, nicht aber, wenn er, wie hier, nur für die civilrechtlichen Folgen des Deliktes nach einer rein positiven und singulären Gesetzesbestimmung aufzukommen habe, so trägt sie eine Unterscheidung in das Gesetz hinein, zu welcher weder dessen Wortfassung noch die Natur der Sache berechtigt, die aber durch den Grund des Gesetzes sogar als ausgeschlossen erscheinen muß. Daß es für den Begriff der Natur der Klage einen Unterschied mache, ob der durch eine unerlaubte Handlung erzeugte Ersatzanspruch gegen denjenigen, welcher bewandten Umständen nach auch einer strafrechtlichen Verfolgung unterliegt, oder aber gegen eine Person, die nur für die civilrechtlichen Folgen belangt werden kann, eingeklagt wird, ist nicht anzuerkennen. Wenn auch in dem letzteren Falle außer dem Delikte des unmittelbaren Urhebers desselben noch ein weiteres Moment, ein besonderes Verhältnis desselben zu dem Beklagten, zur Begründung der Klage erfordert wird, so liegt doch in diesem hinzukommenden Momente lediglich das Motiv, welches den Gesetzgeber bestimmt hat, für die (civilrechtlichen) Folgen des Deliktes auch den Beklagten verantwortlich zu machen, die Klage aus dem Delikte auch gegen diesen Beklagten einzuräumen, die Natur des den Charakter der Klage bestimmenden Fundamentes bleibt aber unverändert. Schon vor dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung ward die Verpflichtung aus §. 2 des Haftpflichtgesetzes (im Gegensatze zu der aus §. 1 daselbst) von der Rechtsprechung und in der Doktrin als eine Deliktsobligation oder näher: als obligatio quasi ex delicto erachtet und das forum delicti commissi wenn nicht ausschließlich, so doch in elektiver Konkurrenz mit dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnsitzes des Beklagten für begründet erklärt.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s vom 24. Januar 1874 Bd. 16 S. 4. 6; Eger, das Reichshaftpflichtgesetz S. 217, 477.

Die Klage aus §. 2 a. a. O. richtet sich aber gerade nicht gegen den Urheber des Deliktes, sondern nur gegen den Betriebsunternehmer, und

die vorliegende, auf Art. 1384 Code civil gestützte Klage ist in der hier fraglichen Hinsicht, bezüglich der Zuständigkeitsfrage, dieselbe wie die aus §. 2 des Haftpflichtgesetzes. Vollends entscheidend ist aber der Grund des Gesetzes. Der Gerichtsstand des §. 32 C.P.O. ist — analog wie der dingliche Gerichtsstand — schlechthin durch die Objektivität des Klagfundamentes: unerlaubte Handlung, bestimmt, und dies zwar aus dem legislatorischen Gedanken, daß die prozessuale Feststellung des Klagfundamentes gerade bei demjenigen Gerichte, in dessen Bezirke die Handlung begangen worden ist, am besten, sichersten und mit den geringsten Kosten erfolgen könne. Von diesem Gesichtspunkte aus mußte es aber, wie schon der Berufungsrichter zutreffend geltend gemacht und ausgeführt hat, durchaus unerheblich erscheinen, gegen wen aus der betreffenden Handlung bezw. Unterlassung der civilrechtliche Anspruch erhoben wird."

---

119. 1. Wie weit reicht die Rechtskraft des eine negative Feststellungsklage abweisenden Urteiles?
2. Erfordernis eines als bestehend oder nicht bestehend festzustellenden „Rechtsverhältnisses" für die Feststellungsklage.

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Februar 1882 i. S. Sch. (Kl.) w. die hamburgische Steuerdeputation (Bekl.). Rep. I. 660/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Die Frage, welche der Kläger vermittelst einer Feststellungsklage zum Austrag gebracht sehen will, geht dahin, ob er künftig verpflichtet sei, von demjenigen Teile seines Einkommens, welchen er als Dividenden deutscher außerhamburgischer Aktiengesellschaften und als Gewinnanteile von deutschen außerhamburgischen Rhedereien zieht, die hamburgische Einkommensteuer zu entrichten. Das Urteil erster Instanz hat die Klage in ihren beiden Bestandteilen aus verschiedenen Gründen abgewiesen, nämlich in Ansehung des Rhedereigewinnes wegen

Mangels an Voraussetzungen der Feststellungsklage, in Ansehung der Aktiendividenden aus dem Grunde, weil der Kläger verpflichtet sei, von diesen die hamburgische Einkommensteuer zu entrichten, was auch in der Urteilsformel seinen Ausdruck in der Weise gefunden hat, daß die Klage in der ersteren Beziehung als angebrachtermaßen, in der letzteren als endgültig abgewiesen bezeichnet ist. Wenn nun das Oberlandesgericht die Verwerfung der Berufung auch in betreff der Aktiendividenden formell nur darauf stützt, daß es auch hier an den Voraussetzungen der Feststellungsklage fehle, während es doch in den Gründen selbst darauf hindeutet, daß im Sinne des Landgerichtes die Abweisung dieses Teiles der Klage wohl anders gemeint sein möge — was sie auch zweifellos ist — und danach eine weiterreichende Rechtskraft erzeugen würde, als das Oberlandesgericht bei der aus dem formellen Grunde erfolgenden Abweisung für sachgemäß hält: so entsteht vor allem die, auch von dem Kläger angeregte Frage, ob hier nicht ein Widerspruch zwischen der Entscheidung und den Gründen zu Tage trete, ob nicht das Oberlandesgericht nach seinen eigenen, soeben bezeichneten Ausführungen auf die Berufung vielmehr hätte teilweise abändernd erkennen sollen. Dieses Bedenken erledigt sich jedoch einerseits dadurch, daß man immerhin die dem Wortlaute nach erfolgte Zurückweisung der Berufung in tantum aus den Gründen des Oberlandesgerichtes als eine Abänderung des ersten Urteiles auslegen könnte . . .; andererseits durch die Erwägung, daß in Wirklichkeit auch das Urteil des Landgerichtes gar nicht die, ihm allerdings vom Oberlandesgerichte hypothetisch zugeschriebene, weiterreichende Rechtskraftswirkung haben würde. Denn entschieden ist auch vom Landgerichte nur so viel, daß die negative Feststellungsklage nicht begründet sei; daß die positive, auf das Gegenteil gerichtete Feststellungsklage nach der Meinung des Landgerichtes begründet sein würde, ging freilich aus seinen Entscheidungsgründen hervor; aber diese haben nach §. 293 Abs. 1 C.P.O. an der Rechtskraft keinen Teil. Um eine Entscheidung dieses Inhaltes herbeizuführen, hätte vielmehr die Beklagte ihrerseits erst widerklagend eine positive Feststellungsklage anstellen müssen.

Vgl. Degenkolb, Einlassungszwang S. 228; a. M. freilich Weißmann, Feststellungsklage S. 122 und wohl auch Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 (Aufl. 3) §. 137 Anm. 11 S. 312.

Was nun die Zulässigkeit der Feststellungsklage selbst betrifft, so kann ein großer Teil der vom Berufungsgerichte gegen dieselbe geltend gemachten Gründe unerörtert bleiben, weil jedenfalls einer der letzteren volle Billigung verdient. Es ist nämlich in der That gar kein Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen durch die Klage zur Entscheidung des Richters verstellt wird, wie doch nach §. 231 C.P.O. erforderlich wäre.[1] Vielleicht — aber auch dies kann dahingestellt bleiben — wäre ein dauerndes obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem hamburgischen Staate und dem Kläger in Ansehung der Steuerpflicht anzunehmen, wenn das hamburgische Einkommensteuergesetz auf eine längere Reihe von Jahren oder für immer (bis zu seiner etwaigen Wiederaufhebung) erlassen wäre. Da aber dies nicht der Fall ist, sondern die Einkommensteuer formell nur für ein Jahr bewilligt war und wieder bewilligt ist, so betrifft der materielle Streit zwischen den Parteien keineswegs irgend ein Rechtsverhältnis, sondern nur eine allgemeine Rechtsfrage, nämlich die Frage, wie sich das Rechtsverhältnis der Steuerpflicht des Klägers in jedem einzelnen künftigen Jahre gestalten würde, falls etwa wieder das gleiche Einkommensteuergesetz gelten sollte. Dies ist aber kein Gegenstand für eine Feststellungsklage.

Mit Unrecht hat der Kläger hiergegen dem Sinne nach eingewandt, es stehe doch jedenfalls das Rechtsverhältnis zwischen ihm, als einem der Gesetzgebungsgewalt des Deutschen Reiches einerseits, des hamburgischen Staates andererseits unterworfenen und dem hamburgischen Staate in Frage, insofern es sich darum handle, ob der letztere trotz des §. 3 des Reichsgesetzes vom 13. Mai 1870 befugt sei, den Kläger wegen der fraglichen Teile seines Einkommens zu besteuern. Abgesehen davon, daß diese Frage formell keineswegs den Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreites bildet, würde dieselbe auch, als ein rein publizistisches Rechtsverhältnis betreffend, zur Austragung im Wege des Civilprozesses durchaus ungeeignet sein.

Der im Vorigen dargelegte Grund reicht aus, um die angefochtene Entscheidung sowohl wegen der Aktiendividenden, als auch wegen des Rhedereigewinnes aufrecht zu halten." ...

[1] Vgl. unten S. 397. D. R.

120. Hängt die Wirksamkeit einer Arrestvollstreckung davon ab, daß der Arrestbeschluß dem Schuldner zugestellt worden ist? C.P.O. §§. 671. 802. 808. 810.

V. Civilsenat. Urt. v. 4. März 1882 i. S. B. (Kl.) w. W. u. S. (Bekl.) Rep. V. 822/81.

I. Landgericht Münster.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Jede der Parteien hatte einen Arrestbefehl gegen den gemeinschaftlichen Schuldner erwirkt und an demselben Tage in dieselben beweglichen Vermögensstücke vollziehen lassen. Dem Anspruche des Klägers auf vorzugsweise event. anteilige Befriedigung aus dem Erlöse der Pfandstücke widersprachen die Beklagten, gestützt auf den Umstand, daß Kläger unterlassen hatte, den Arrestbeschluß dem Schuldner zuzustellen. Der erste Richter verurteilte nach dem eventuellen Klagantrage, weil er den Mangel der Zustellung bezüglich der Parteirechte für unerheblich erachtete. Entgegengesetzter Ansicht war die zweite Instanz, welche den Kläger gänzlich abwies. Die eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Voraussetzung des Klaganspruches ist die Wirksamkeit der Vollziehung des vom Kläger ausgebrachten Arrestes. Ist diese Wirksamkeit, wie der Berufungsrichter annimmt, bedingt durch die Zustellung des Arrestbeschlusses an den Schuldner vor oder bei Vollziehung des Arrestes, so hat das angefochtene Urteil den Kläger mit Recht abgewiesen. Denn nach der unangefochtenen und — soweit erkennbar — unanfechtbaren thatsächlichen Feststellung des Berufungsrichters hat eine solche Zustellung nicht stattgefunden. Daß sie durch das Gesetz vorgeschrieben ist, kann nach den Bestimmungen der §§. 808. 802 Abs. 2 und §. 671 C.P.O. nicht zweifelhaft sein. Es fragt sich also nur, ob die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift bloß als Verstoß gegen eine, das Verhalten des Gerichtsvollziehers regelnde Instruktion aufgefaßt werden muß, oder ob man es mit einem absoluten Verbote zu thun hat, dessen Übertretung die betreffende Handlung zu einer ungesetzlichen macht und ihr die rechtsbegründende Wirkung, die Entstehung eines Pfandrechtes, nach §§. 810. 709 a. a. O., benimmt. Für das letztere sprechen überwie-

gende Gründe. Aus dem Sprachgebrauche der Civilprozeßordnung läßt sich nur soviel herleiten, daß die Ausdrucksweise „darf nicht", wie sie im vorliegenden Falle (§. 671) gebraucht ist, nicht bloß bei Vorschriften instruktioneller Art, sondern auch dann gewählt ist, wenn ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot die betreffende Prozeßhandlung ungültig macht. So im §. 171:

„An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Zustellung — nur mit richterlicher Erlaubnis erfolgen ....

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist." Die Entscheidung ist deshalb aus der Bedeutung der Zustellung für den Schuldner zu entnehmen. Nicht jedes Urteil braucht zugestellt zu werden bloß deshalb, weil es erlassen ist. Die Motive S. 222 bemerken:

„Die Verkündung macht die Zustellung des Verkündeten entbehrlich. Für Urteile spricht dies Abs. 2 des §. 273" — jetzt 283 — .... aus .... während bezüglich der Endurteile Abweichungen von jener Regelvorschrift für den Beginn des Laufes der Notfristen und die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus überwiegenden Gründen geboten erscheinen."

Ferner S. 410:

„die Zustellung des zu vollstreckenden Urteiles ... vor der Zwangsvollstreckung vermittelt die Kenntnis des Schuldners von demselben. Zugleich wird damit in gewissem Maße ein vor der Zwangsvollstreckung zu erlassendes Vollziehungs- oder Befriedigungsgebot ersetzt."

Das hier in den Vordergrund gestellte Interesse des Schuldners an der Zustellung verdient aber in noch weit höherem Grade Berücksichtigung, wenn es sich um einen Arrest handelt. Nach §. 801 kann die Entscheidung über das Arrestgesuch ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen, auch eine anderweite Anhörung des Schuldners vor Erlaß des Arrestbeschlusses ist nicht geboten; die Zustellung desselben ist nach §. 802 Abs. 2 in die Hand des Gläubigers gelegt. Angesichts dieser Bestimmungen ist es undenkbar, daß die zur Erörterung stehende Vorschrift, welche gleichmäßig an derselben Stelle das Verfahren bei Arrestvollziehungen und Zwangsvollstreckungen regelt, nicht als ein zwingendes Verbot hat gegeben sein sollen. Denn eine andere

Annahme müßte dahin führen, dem Gesetze einen Mangel in der Fürsorge für den berechtigten Schutz des Schuldners gegen die Willkür des Gläubigers beizumessen."

---

121. 1. Ist die Beschwerde gegen einen Beschluß, welcher eine Kostenfestsetzung ablehnt, eine sofortige, oder eine gewöhnliche Beschwerde?
2. Form des Beitrittes des Streitverkündeten zum Prozesse.
3. Worin bestehen die Kosten der „Streitverkündung"?

I. Civilsenat. Beschl. v. 15. Februar 1882 auf die Beschwerde des M. i. S. K. (Kl.) w. D. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 4/82.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Auf Grund eines Endurteiles, dessen Tenor aus den unten folgenden Gründen zu ersehen ist, hatte das Landgericht auf Antrag eines Streitverkündeten eine Kostenfestsetzung gegen den Beklagten vorgenommen; das Oberlandesgericht aber hatte auf sofortige Beschwerde des Beklagten den Beschluß aufgehoben, und das Kostenfestsetzungsgesuch verworfen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde jenes Streitverkündeten wurde vom Reichsgerichte als unbegründet zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Es könnte zunächst in Frage kommen, ob die Beschwerde nicht als sofortige Beschwerde zu beurteilen und deshalb wegen verspäteter Einlegung als unzulässig zu verwerfen sei. Es ist nämlich die durch §. 540 Abs. 2 C.P.O. vorgeschriebene Notfrist von zwei Wochen jedenfalls nicht eingehalten worden.... Nun könnte man vielleicht der Ansicht sein, der Beschwerdegrund bestehe hier in einem Kostenfestsetzungsbeschlusse des Oberlandesgerichtes, welcher sich wegen seines von dem des landgerichtlichen Beschlusses abweichenden Inhaltes als ein neuer selbständiger Beschwerdegrund im Sinne des §. 531 Abs. 2 C.P.O. darstelle, gegen welchen aber nach §. 99 Abs. 3 daselbst die sofortige Beschwerde hätte zur Hand genommen werden müssen. Dem ist jedoch nicht so, da als ein „Festsetzungsbeschluß" im Sinne der letztgedachten

Bestimmung nur ein solcher Beschluß gelten kann, der überhaupt irgend welche Kosten festsetzt, nicht aber ein solcher, welcher die Festsetzung gerade ablehnt, wie es der hier angefochtene des Oberlandesgerichtes, im Gegensatze zu demjenigen des Landgerichtes, thut. Dieser Beschluß liefert vielmehr einen neuen selbständigen Beschwerdegrund zufolge der allgemeinen Bestimmung des §. 530 C.P.O., wonach die Beschwerde gegen solche, eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen stattfindet, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist; in welcher Bestimmung der Ausdruck „das Verfahren" offenbar nicht im engeren Sinne, als Gegensatz zu dem Gegenstande einer Entscheidung, sondern als gleichbedeutend mit „den Rechtsstreit" zu nehmen ist. Die hierauf gestützte Beschwerde nun wird vom Gesetze nicht als sofortige behandelt, und eine Notfrist kommt für dieselbe daher nicht in Betracht.

In der Sache selbst war der Entscheidung des Oberlandesgerichtes beizutreten. Der Beschwerdeführer, welchem von dem Beklagten der Streit verkündet, und der sodann durch einen Anwalt im Termine zur mündlichen Verhandlung erschienen war, hat dem Beklagten gegenüber die Festsetzung einer Kostenrechnung beim Landgerichte beantragt, und zwar auf Grund eines... Urteiles des letzteren, welches sich nur als in Sachen des Klägers gegen den Beklagten ergehend bezeichnete und folgendermaßen lautete:

„Der Kläger wird mit der erhobenen Klage, unter Verurteilung in die Kosten des Rechtsstreites, abgewiesen; die Kosten der Streitverkündigungen fallen den einzelnen Streitverkündern zur Last."

Das Landgericht hat wirklich die Kostenfestsetzung vorgenommen; auf Beschwerde des Beklagten hat aber das Oberlandesgericht diesen Beschluß wieder aufgehoben, das Kostenfestsetzungsgesuch als unbegründet verworfen und den Streitverkündeten in die Kosten des durch dasselbe veranlaßten Verfahrens verurteilt. Die Gründe, die das Oberlandesgericht hierfür angeführt hat, können allerdings zum Teil Bedenken erregen. Auf das, was rechtens ist, wenn der Streitverkündete dem Streitverkünder im Prozesse beitritt, kann es hier überhaupt nicht ankommen, da im vorliegenden Falle der Beschwerdeführer dem Beklagten gar nicht beigetreten ist, was nach §. 71 Abs. 1 vgl. mit §. 67 C.P.O. nur durch Zustellung eines Schriftsatzes hätte geschehen können. Andererseits ist es an sich nicht völlig ausgeschlossen, daß der Streitverkünder

dem Streitverkündeten Kosten zu ersetzen haben kann, nämlich wenn er, ungehöriger Weise die Grenzen der bloßen Streitverkündung überschreitend, gegen den Streitverkündeten einen Termin zur mündlichen Verhandlung ausgewirkt und ihn zu demselben geladen hat (wie vom Reichsgerichte bereits ausgesprochen ist, vgl. Entsch. in Civils. Bd. 4 S. 364).

Ob im gegenwärtigen Falle der Beschwerdeführer einen Rechtsanspruch auf Kostenersatz gegen den Beklagten gehabt hätte, braucht hier jedoch nicht untersucht zu werden, da dem Oberlandesgerichte jedenfalls darin beigestimmt werden muß, daß in dem Landgerichtsurteile... eine Verurteilung des Beklagten zu solchem Kostenersatze nicht enthalten ist." (Dies wird dann im einzelnen ausgeführt, wobei ausgesprochen wird:) „Die „Kosten einer Streitverkündung" bestehen, richtig verstanden, immer nur in solchen Kosten, die dem Streitverkünder selbst unmittelbar erwachsen sind (nämlich in der Regel in der Zustellungsgebühr und in den vom Rechtsanwalte zu berechnenden Schreibgebühren), da die Streitverkündung als solche weitere prozessualische Folgen überhaupt nicht nach sich zieht."

---

122. Form der Einlegung einer Beschwerde nach §. 35 R.A.O.

I. Civilsenat. Beschl. v. 18. Februar 1882 auf die Beschwerde des R. i. S. desselben (Kl.) w. Th. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 6/82.

I. Oberlandesgericht Hamburg.

Bei Beurteilung einer wegen verweigerter Beiordnung eines Rechtsanwaltes erhobenen Beschwerde heißt es in den

Gründen:

„Obgleich die Beschwerde nicht, der allgemeinen Vorschrift des §. 74 Abs. 1 C.P.O. entsprechend, durch einen beim hanseatischen Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt, sondern vom Beschwerdeführer persönlich bei dem erwähnten Gerichte eingelegt war, so konnte ihre Zulässigkeit doch keinem Bedenken unterliegen. Freilich giebt §. 35 R.A.O. der Partei, welcher die Beiordnung eines Rechtsanwaltes abgeschlagen ist, nur im allgemeinen „die Beschwerde nach Maßgabe der Civilprozeß-

ordnung", ohne hinzuzufügen, daß die Einlegung auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen könne, womit nach §. 74 Abs. 2 C.P.O. auch die Notwendigkeit der Vertretung durch einen Rechtsanwalt beseitigt sein würde. Es muß aber diese Erleichterung der Beschwerdeeinlegung dennoch, nach Analogie der entsprechenden, die Beschwerde wegen Verweigerung oder Entziehung des Armenrechtes betreffenden Bestimmung des §. 532 Abs. 2 C.P.O., als im Sinne des §. 35 R.A.O. gelegen betrachtet werden, da es widersinnig wäre, wenn das Gesetz von demjenigen, welcher gerade erst den Beistand eines Rechtsanwaltes zu erlangen strebt, verlangte, daß er zu diesem Zwecke sich schon von einem solchen vertreten lasse." ...

---

123. 1. Revisibilität eines Rechtssatzes, welchen der Berufungsrichter aus einer partikularrechtlichen Norm mit Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsprinzipien abgeleitet hat.

2. Statutenkollision beim ehelichen Güterrechte und rücksichtlich solcher Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen, welche nicht im ehelichen Güterrechte wurzeln.

3. Feststellungsklage gegen den Ehemann betreffend seine Verpflichtung, die Exekution in das Vermögen der Ehefrau wegen einer von derselben kontrahierten Schuld zu gestatten.

III. Civilsenat. Urt. v. 7. März 1882 i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 557/81.

I. Landgericht Wiesbaden.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Die B.'schen Eheleute verheirateten sich zu Freiburg i. Br., ohne Ehepakten zu errichten, und schlugen späterhin ihren Wohnsitz in Wiesbaden auf. Hier kontrahierte die Ehefrau bei dem Bankhause B. durch Ankauf von Börsenpapieren eine Schuld. Die Firma B. erhob Klage auf Zahlung dieser Schuld und stellte unter der Behauptung, daß der Ehemann B. seine Einwilligung zur Kontrahierung der Schuld erteilt habe, den Antrag, die beklagte Ehefrau zu deren Zahlung zu ver-

urteilen und den beklagten Ehemann für schuldig zu erkennen, die Exekution wegen dieser Schuld in das Vermögen seiner Ehefrau zu gestatten.

Der Richter erster Instanz brachte die Vorschriften des badischen Landrechtes zur Anwendung, insbesondere dessen Bestimmung, daß Ehefrauen nur unter Mitwirkung ihres Ehemannes gültig sollen kontrahieren können, und erkannte auf einen von den beiden Eheleuten über die behauptete Einwilligung seitens des Ehemannes abzuleistenden Eid.

Der Berufungsrichter erkannte unbedingt zu Gunsten des Klägers, indem er davon ausging, daß über die Verpflichtungsfähigkeit der beklagten Ehefrau nicht das badische Gesetz, sondern das in Wiesbaden, dem jetzigen Domizil der beklagten Eheleute, geltende nassauische Recht zu entscheiden habe.

Das Reichsgericht hat sich der letzteren Auffassung angeschlossen und dementsprechend die Revision der Beklagten, soweit sich das Berufungsurteil auf die Klage gegen die beklagte Ehefrau bezieht, zurückgewiesen; der den beklagten Ehemann betreffende Teil des Urteiles wurde vernichtet.

Aus den Gründen:

„Das gesetzlich eintretende Güterrecht der Ehegatten bestimmt sich nach dem Gesetze des Ortes, an welchem der Ehemann zur Zeit der Verheiratung sein Domizil hat. Die nachmalige Veränderung des Domiziles ist für das einmal begründete Güterrecht ohne Belang, dasselbe bleibt bestehen, so lange es durch die Beteiligten selbst nicht geändert wird.[1] Für die beklagten Eheleute ist daher, da ein Prohibitivgesetz, demzufolge die Zulassung fremder Ehegüterrechte im vormals nassauischen Gebiete untersagt wäre, nicht existiert, das Güterrecht des badischen Landrechtes auch heute noch maßgebend.

Indem der Berufungsrichter von diesen nicht zu beanstandenden Sätzen ausgeht und weiterhin annimmt, daß die Bestimmung des badischen Rechtes, wonach Ehefrauen ohne Genehmigung des Ehemannes nicht gültig kontrahieren können, kein Ausfluß des ehelichen Güterrechtes sei, sondern als eine aus der alten Geschlechtskuratel fließende Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrauen, mithin als eine den Personenstand berührende Vorschrift sich darstelle, gelangt der Berufungsrichter zu dem Resultate, daß in Ansehung des von der beklagten Ehe-

[1] Vgl. oben Nr. 59 S. 213. D. R.

frau eingegangenen und zur jetzigen Klage gebrachten Rechtsgeschäftes nur das an dem dermaligen Domizil der Eheleute geltende Personenrecht zur Anwendung kommen könne.

Die Nachprüfung dieser Deduktionen in der Revisionsinstanz ist, soweit es sich dabei um Grundsätze des sogenannten internationalen Privatrechtes handelt, unzweifelhaft zulässig, sie ist aber auch insoweit, als das angefochtene Urteil auf badisches Recht Bezug nimmt, nicht ohne weiteres behindert. Denn was letzteren Punkt anbelangt, so hat der vorige Richter keineswegs nur den Inhalt dieses, im gegenwärtigen Rechtsstreite der Revision entzogenen Partikularrechtes festgestellt, sondern er hat aus demselben unter Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsbegriffe diejenige Schlußfolgerung gezogen, auf welcher seine eigentliche Entscheidung beruht. In Frage steht, wie nach den Grundsätzen über die örtlichen Grenzen des Rechtes das von der beklagten Ehefrau abgeschlossene Geschäft zu beurteilen sei, und diese Frage hängt davon ab, ob die gedachte Bestimmung des badischen Rechtes als zum ehelichen Güterrechte oder zum Gebiete des Personenrechtes gehörig zu betrachten ist. Dadurch nun, daß der Berufungsrichter nicht etwa eine partikularrechtliche Vorschrift, welche diese letztere Frage positiv und direkt normiert, festgestellt, sondern dieselbe nach allgemein rechtlichen Gesichtspunkten entschieden hat, ist von ihm auch keine Entscheidung getroffen worden, welche das Revisionsgericht bei der ihm zweifellos zustehenden Nachprüfung, ob das Berufungsurteil eine Verletzung der Normen des internationalen Privatrechtes enthalte, gemäß §. 525 C.P.O. als maßgebend zu unterstellen hätte.

Sachlich betrachtet muß den oben angeführten Deduktionen des Berufungsrichters durchweg beigetreten werden. Das badische Landrecht Satz 217 schreibt vor:

„Die Frau, selbst wenn sie mit ihrem Manne in keiner Gütergemeinschaft oder in einer völligen Güterabsonderung lebt, kann ohne Mitwirkung des Ehemannes nichts veräußern, schenken... noch durch einen Freigebigkeitsvertrag oder einen belasteten etwas erwerben."...

Schon aus diesem Wortlaute erhellt, daß man es hier nicht mit einer einem bestimmten ehelichen Güterrechte entsprossenen Vorschrift zu thun hat, und dieser Charakter der landgerichtlichen Vorschrift, als einer über das Gebiet des ehelichen Güterrechtes hinausgreifenden und von letzterem unabhängigen Rechtsnorm, wird noch einleuchtender dadurch, daß das

badische Partikularrecht an anderen Stellen die Ehefrau als „unfähig, Verträge abzuschließen", den Minderjährigen und Mundlosen gleichstellt, auch ihnen die Fähigkeit vor Gericht aufzutreten für Civil- und Strafsachen abspricht (vgl. Bingner, Badisches Einführungsgesetz S. 174 und 175).

Davon ausgegangen muß die Verpflichtungsfähigkeit der beklagten Ehefrau hinsichtlich des streitigen in Wiesbaden abgeschlossenen Vertrages nicht nach dem badischen Gesetze, sondern nach dem Rechte ihres jetzigen Domiziles, nämlich nach nassauischem Rechte, beurteilt werden. Mit gutem Grunde wird von der neueren Doktrin und Praxis fast allgemein anerkannt, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person sich regelmäßig nach den Gesetzen des Wohnsitzes richtet. Zwar kann diese Fähigkeit, was Ehefrauen betrifft, auch durch die ehelichen Güterrechte modifiziert werden und insoweit dies der Fall, muß allerdings vermöge der dem Güterrechte der Eheleute innewohnenden Bedeutung, ungeachtet eines etwaigen Domizilwechsels, dasjenige Statut in Anwendung gebracht werden, nach welchem das betreffende güterrechtliche Verhältnis sich ursprünglich gestaltet hat. Allein eine derartige zum Güterrechte gehörige Modifikation ist, wie bereits bemerkt, nicht in dem Satze des badischen Landrechtes zu finden, daß Ehefrauen als solche ohne Genehmigung des Ehemannes nicht gültig mit Dritten sollen kontrahieren und vor Gericht stehen können. Diese Vorschrift beschränkt die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen im Interesse der ehemännlichen Gewalt ohne Rücksicht auf die sonstigen vermögensrechtlichen Beziehungen, in welchen sie zu ihren Männern stehen, sie kann also nicht als ein Satz des ehelichen Güterrechtes betrachtet werden und muß dementsprechend bei eintretendem Domizilwechsel ganz ebenso ihre Geltung verlieren, wie andere Gesetze, welche die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Person zu normieren bestimmt sind.

Wird nun aber dem bisherigen zufolge die Handlungsfähigkeit der beklagten Ehefrau nach dem in Nassau geltenden gemeinen Rechte beurteilt, so kann (vgl. Bertram, Familienrecht §§. 182 flg.) nicht der geringste Zweifel obwalten, daß sich die beklagte Ehefrau durch den mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrag rechtsgültig verpflichten konnte und verpflichtet hat.

Noch ist zu bemerken, daß der Hinweis der Revisionskläger auf Satz 3 des badischen Landrechtes an dem vorstehend dargelegten Er-

gebnisse nichts zu ändern vermag. Derselbe lautet: „Die Gesetze, welche den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Personen bestimmen, erstrecken sich auf die Inländer selbst alsdann, wenn sie im Auslande sich aufhalten.“ Dieser Satz stellt eine für die badischen Gerichte geltende und nur diese verpflichtende Direktive auf; die gemeinrechtlichen Grundsätze aber, welche in betreff der örtlichen Grenzen des Rechtes und der Kollision der Statuten in Nassau zur Anwendung kommen müssen, können selbstverständlich durch eine Vorschrift des badischen Partikularrechtes nicht für beseitigt gelten.

In Ansehung des gegen den beklagten Ehemann erhobenen Anspruches hat der Berufungsrichter dem Klagantrage entsprechend erkannt, daß der Beklagte schuldig sei, die Zwangsvollstreckung wegen der eingeklagten Forderung in das Vermögen seiner Ehefrau zu gestatten. Dieses Urteil, welches der vorige Richter auf den §. 231 C.P.O. stützt, ist als rechtsirrtümlich aufzuheben.

Die Feststellungsklage des eben genannten Paragraphen der Civilprozeßordnung setzt ein Rechtsverhältnis voraus, das festgestellt werden soll, und gleichzeitig ein rechtliches Interesse, aus welchem die Feststellung verlangt wird.[1] Ist es nun schon zweifelhaft, ob zur Zeit zwischen dem Kläger, als Gläubiger der beklagten Ehefrau, und deren Ehemanne, irgend welches Rechtsverhältnis existiert, so fehlt jedenfalls ein Interesse des Klägers an alsbaldiger Feststellung dieses Verhältnisses. Denn der Beklagte hat dem eventuellen Anspruche des Klägers auf Exekution wegen seiner Forderung an die Ehefrau bis jetzt noch keinen Widerspruch entgegengesetzt; er hat nur an dem Bestreiten der Forderung als solcher sich beteiligt; wie er aber, wenn diese Forderung rechtskräftig feststeht, sich verhalten wird, ist völlig ungewiß; und da dieses Verhalten ebensowohl dem klägerischen Anspruche willfährig sein kann, so ist ein ausreichendes Interesse nicht vorhanden, den bloß möglichen Widerspruch des beklagten Ehemannes durch eine Feststellungsklage zu beseitigen. Dazu kommt, daß zur Zeit noch eine Ungewißheit darüber besteht, ob die Beklagte eigenes Vermögen gemäß den Erfordernissen des badischen Landrechtes besitzt, ob also überhaupt die Veranlassung und faktische Grundlage für das Verlangen, welches der Kläger festgestellt wissen will, vorhanden ist.“

[1] Vgl. oben S. 387. D. R.

124. Wer ist dem Staate gegenüber Schuldner der Gerichtskosten, wenn durch Endurteil die Prozeßkosten gegeneinander aufgehoben sind?

I. Civilsenat. Beschl. v. 11. März 1882 auf die Beschwerde von W. & L. i. S. derselben (Kl.) w. E. Ehefrau (Bekl.). Beschw.-Rep. I. 3/82.

I. Landgericht Bremen, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Durch Endurteil der Kammer für Handelssachen war gegenseitige Aufhebung der Prozeßkosten ausgesprochen. Die Gerichtskasse brachte den Klägern allein die Gebühren zur Last. Auf Erinnerung der Kläger gegen die Ansetzung der Beweisgebühr und der Entscheidungsgebühr strich die Kammer für Handelssachen diese beiden Posten. Der Kassenkommissar legte hiergegen Beschwerde ein und erzielte beim Oberlandesgerichte die Wiederherstellung der beiden Ansätze. Auf Beschwerde der Kläger änderte das Reichsgericht diesen Beschluß dahin ab, daß denselben nur die Hälfte der fraglichen Gebührenposten in Rechnung zu bringen sei aus folgenden

Gründen:

„Es handelt sich bei der vorliegenden Beschwerde um die Frage, wer der Gerichtskasse gegenüber als Schuldner der Gerichtskosten dann anzusehen ist, wenn durch Endurteil die Prozeßkosten gegeneinander aufgehoben sind. Nach der Auffassung des Oberlandesgerichtes wäre, in Anwendung des §. 89 G.K.G., für die erste Instanz der Kläger dieser Schuldner, natürlich unter Vorbehalt der nach §. 90 a. a. O. möglicher Weise daneben fortbestehenden Vorschußpflicht des Beklagten für einzelne Beträge nach §. 84 Abs. 1 a. a. O. Dieser Auffassung gegenüber verlangen die Kläger die Wiederherstellung der Entscheidung der Kammer des Landgerichtes zu Bremen für Handelssachen vom 7. Dezember 1881, welche im Anschlusse an

Thulesius, der §. 90 G.K.G. S. 19 und 47 flg., und die Zurücknahmegebühr S. 56,

und zum Teil auch an

Pfafferoth, Gerichtskostenwesen, Aufl. 3, zu §. 86 G.K.G.

davon ausgegangen ist, daß für einen solchen Fall, abgesehen von

der einmal entstandenen Vorschußpflicht, aus den gesetzlichen Bestimmungen gar kein Schuldner zu ermitteln sei. Hierbei ist nun dem Landgerichte darin allerdings beizustimmen, daß keinenfalls, wie Pfafferoth meint, ein Urteil, welches Kostenkompensation verfügt, ohne ausdrücklich festzustellen, wer die Gerichtskosten zu zahlen habe, unvollständig ist und der Ergänzung bedarf. Das Urteil als solches hat über die Kostenlast nur zwischen den Parteien zu entscheiden, nicht über die Zahlungspflicht der Gerichtskasse gegenüber, wenngleich in §. 86 Abs. 1 G.K.G. an jene Entscheidung eine gesetzliche Folge auch für das Verhältnis der Parteien zum Fiskus geknüpft ist: und unter den Parteien ist mit der Anordnung der Kostenkompensation jedenfalls bereits eine vollständige Entscheidung über die Verteilung der Kostenlast auf Grund des §. 88 Abs. 1 C.P.O. erfolgt. Im übrigen aber verdient die Ansicht des Landgerichtes keine Billigung. Schon von vornherein müßte es als höchst bedenklich erscheinen, dem Gerichtskostengesetze zuzutrauen, daß es für den von der Civilprozeßordnung vorgesehenen und auch aus dem früheren Prozeßverfahren höchst geläufigen Fall der Kostenkompensation gar keine Bestimmungen getroffen haben sollte. In der That ist aber auch diese ganze Schwierigkeit künstlich ausgeklügelt und hält vor einer unbefangenen Betrachtung der Worte des §. 89 G.K.G. keinen Stand. Hier heißt es, unter Verweisung auf §. 86 desselben Gesetzes, daß in Ermangelung eines anderen Schuldners derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt habe, Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen sei. Geht man nun einmal davon aus, daß in dem die Kosten gegeneinander aufhebenden Urteile nichts über die Tragung der Gerichtskosten bestimmt sei, so ist nicht zu begreifen, wie man dann zu dem Ergebnisse gelangen kann, daß hier der §. 89 G.K.G. nicht anwendbar sei, denn wenn nichts bestimmt ist, so sind sicherlich auch keiner anderen, als der in §. 89 bezeichneten Person, durch gerichtliche Entscheidung die Gerichtskosten auferlegt. Der §. 89 sagt nicht, daß seine Regel schon dann nicht gelten solle, wenn überhaupt ein Urteil über die Kostenlast zwischen den Parteien ergangen sei, sondern läßt sie nur dann wegfallen, wenn ein anderer Schuldner positiv bestimmt worden ist.

Mithin kommt der Ansicht des Oberlandesgerichtes zweifellos der Vorzug vor derjenigen des Landgerichtes zu. Dennoch kann die darauf gegründete Entscheidung der Beschwerde der Kläger gegenüber nicht

vollständig aufrecht erhalten werden. Es ist nämlich nicht als richtig anzuerkennen, daß das die Kosten gegeneinander aufhebende Urteil keinen positiven Ausspruch über die Tragung der Gerichtskosten enthalte. Vielmehr muß man annehmen, daß nach dem Sinne des §. 88 Abs. 1 C.P.O. in der Anordnung der Kostenkompensation zugleich die Festsetzung liegt, daß die Gerichtskosten jeder der beiden Parteien zur Hälfte zur Last fallen sollen; und zwar um deswillen, weil auch nach dem früher in Deutschland geltenden Rechtszustande mit der Kostenvergleichung stets die Teilung der Gerichtskosten, soweit sie nicht etwa für einzelne Akte schon von einer Partei zu entrichten gewesen waren, verbunden war. Im Gebiete des gemeinen Prozeßrechtes war dies unmittelbar der Fall, während für Preußen dasselbe Ergebnis dadurch herbeigeführt wurde, daß nach §. 9 des preuß. Ges. über die Gerichtskosten vom 10. Mai 1851 ausdrücklich nur die außergerichtlichen Kosten kompensiert, die gerichtlichen aber jedem der beiden Teile zur Hälfte auferlegt zu werden pflegten. Für die entsprechende Auslegung des §. 88 C.P.O. spricht auch der Umstand, daß in den Fällen, für welche die Kostenkompensation nach dem Gesetze bestimmt ist, nämlich in denen des partiellen Obsiegens und Unterliegens jeder der beiden Parteien, meistens eine große Unbilligkeit darin liegen würde, wenn der Kläger allein die ganzen Gerichtskosten der ersten Instanz tragen sollte. Es ist ferner anzunehmen, daß das Gerichtskostengesetz eben aus dem Grunde keine besondere Bestimmung für den Fall der Kostenkompensation getroffen hat, weil jene Teilung der Gerichtskosten als schon im Begriffe der Kostenkompensation im Sinne der Civilprozeßordnung liegend und deshalb der §. 86 Abs. 1 G.K.G. als auf den fraglichen Fall anwendbar angesehen wurde." ...

---

125. Welchen Einfluß hat die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ausländers im Auslande auf das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen desselben?

Kann gegen einen Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande der Konkurs eröffnet worden, wegen einer persönlichen Forderung

bei einem deutschen Gerichte, in dessen Bezirke Vermögensgegenstände desselben sich befinden, eine Klage erhoben werden?
K.O. §§. 207. 208. C.P.O. §. 24.

III. Civilsenat. Urt. v. 28. März 1882 i. S. T. & Komp. (Bekl.) w. Geestemünder Bank (Kl.). Rep. III. 241/82.

I. Landgericht Aurich.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Geestemünder Bank stellte am 17. Dezember 1880 bei dem Amtsgerichte zu Leer den Antrag, acht Ankerketten, welche der Handlungsfirma T. & Komp. zu Newcastle on Tyne gehörten und bei deren Agenten in Leer lagerten, wegen zwei ihr gegen die gedachte Firma zustehenden Forderungen mit Arrest zu belegen, weil die Schuldnerin Ausländerin und in Konkurs geraten sei, die Antragstellerin daher Gefahr laufe, ihre Forderung zu verlieren. Das Amtsgericht gab dem Antrage statt.

Bald darauf erhob die Bank bei dem Landgerichte zu Aurich Klage gegen die gedachte Handlungsfirma mit dem Antrage, die Beklagte schuldig zu erkennen, der Klägerin die Wechselsumme von 598 £ 18 sh. 4 pc. ꝛc zu bezahlen. Die Klagschrift wurde durch das deutsche Konsulat zu Newcastle nicht der beklagten Firma T. & Komp., sondern den Rechnungsführern G. und H. als Masseverwaltern (trustees) der in Konkurs befindlichen Firma zugestellt. Die letzteren bestellten einen Anwalt und haben, wie es im Thatbestande des Urteiles erster Instanz heißt, „für die Ende Oktober 1880 in Konkurs geratene Firma den Prozeß aufgenommen". Sie erkannten die von der Klägerin zur Begründung ihres Anspruches vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen als richtig an, beantragten aber die Abweisung der Klage, weil über das Vermögen der beklagten Firma schon vor der Arrestanlage der Konkurs erkannt und dieses der Klägerin bekannt gewesen sei. Widerklagend beantragten sie die Aufhebung des Arrestes. Sie machten dabei geltend, daß nach den englischen Gesetzen mit der Eröffnung des Konkurses die Dispositionsbefugnis des Gemeinschuldners über sein Vermögen im vollen Umfange auf die Masseverwalter übergehe, daß derselbe die Prozeßfähigkeit verliere, alle Prozesse, welche die Masse oder einen Teil derselben betreffen, lediglich gegen die Verwalter angestellt,

bezw. von diesen als Kläger geführt werden können, daß die Konkursmasse das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfasse, ohne Rücksicht darauf, ob es im Inlande oder im Auslande sich befinde, und daß kein Gläubiger einen wirksamen Arrest auf irgend ein Stück der Masse für sich allein erwirken könne.

Das Landgericht wies die Klage und die Widerklage ab. Es erachtete die Legitimation der für die verklagte Firma eingetretenen trustees nach dem englischen Konkursrechte für gegeben, ging aber davon aus, daß nach diesem Rechte kein Gläubiger wegen einer Forderung, die im Konkursverfahren geltend gemacht werden könne, gegen den Gemeinschuldner und dessen Vermögen einzeln mit Klage oder Exekution vorgehen dürfe, und daß nach §. 207 K.O. ein Prozeßverfahren, um ein die Zwangsvollstreckung ermöglichendes Urteil zu erlangen, nicht zulässig sei.

Die Klägerin erhob Berufung und hob u. a. hervor, daß die Klage angestellt sei, um einen Rechtstitel zur Zwangsvollstreckung in das im Inlande befindliche Vermögen der verklagten Firma zu erlangen; daß sie die Klage gegen die Gemeinschuldnerin angestellt, die trustees aber als deren Vertreter ansehe.

Die letzteren bestritten, daß die Gemeinschuldnerin im vorliegenden Falle als durch die trustees vertreten angesehen werden könne; diese haben in diesem Prozesse nur die Stellung von Nebenintervenienten.

Das Oberlandesgericht hob das angefochtene Urteil auf und verurteilte die Rechnungsführer G. und H. „als trustees des über das Vermögen der Handelsfirma J. T. & Komp. zu Newcastle on Tyne eröffneten Konkurses, der Klägerin die eingeklagte Summe zu bezahlen."

Die von den trustees hiergegen eingelegte Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die Frage, ob gegen einen Ausländer, über dessen Vermögen in seinem Heimatlande der Konkurs eröffnet worden, vor deutschen Gerichten eine Klage wegen einer persönlichen Forderung erhoben werden könne (welche von dem Landgerichte verneint worden), mit Recht bejaht, und es hat dasselbe auch durch die Verurteilung der Revisionskläger in ihrer Eigenschaft „als trustees des über das Vermögen der Handlungsfirma T. & Komp. zu Newcastle on Tyne eröffneten Konkurses" zur Zahlung der eingeklagten Forderung

an die Klägerin nicht das Gesetz verletzt, insbesondere nicht, wie die Revisionskläger geltend machen, über den Antrag der Klägerin hinaus erkannt.

Wenngleich, wie das Berufungsgericht hervorhebt, für die Entscheidung der Frage, ob gegen einen Ausländer, über dessen Vermögen in seinem Heimatlande der Konkurs eröffnet worden, vor deutschen Gerichten wegen einer persönlichen Forderung ein Prozeß geführt werden könne, nicht lediglich der §. 207 K.O., sondern auch der §. 24 C.P.O. maßgebend ist, so kommt für deren Beantwortung doch wesentlich die Bedeutung der in §. 207 a. a. O. enthaltenen Vorschriften in Betracht. Denn der §. 24 a. a. O. führt nur im Interesse der inländischen Gläubiger in weiter Ausdehnung den Gerichtsstand des Vermögens ein, indem für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, das Gericht für zuständig erklärt wird, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben befindet, wobei es unwesentlich ist, ob dieses Vermögen der Zwangsvollstreckung unterworfen, ob es groß oder gering ist.[1] Aus §. 24 a. a. O. folgt daher, daß gegen die beklagte Handlungsfirma wegen der in Frage stehenden Wechselforderung bei dem Landgerichte zu Aurich Klage erhoben werden konnte, weil sie im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, in dem Bezirke des angerufenen Gerichtes aber Vermögen derselben sich befindet.

Die Beantwortung der Frage dagegen, um welche es vorzugsweise sich handelt, ob bei der nach §. 24 a. a. O. gegebenen Zuständigkeit eine Klage gegen die beklagte Firma bei dem Landgerichte zu Aurich erhoben werden konnte, nachdem über das Vermögen derselben in England der Konkurs eröffnet worden war, hängt davon ab, welchen Einfluß nach der deutschen Gesetzgebung, insbesondere nach der deutschen Konkursordnung, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Ausländers im Auslande auf das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen desselben hat. Denn wenn auch die Frage, ob der erkannte Konkurs das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners *umfassen soll*, wo es auch immerhin sich befinden mag, ob im Inlande oder im Auslande, nach der Gesetzgebung des Landes sich richtet, in welchem die Konkurseröffnung stattgefunden hat, so ist doch die Frage, ob und

[1] Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 4 Nr. 115 S. 408. D. E.

inwieweit der Konkurs auch auf das außerhalb des Landes befindliche Vermögen des Gemeinschuldners erstreckt werden kann, davon abhängig, wie zu dieser letzteren Frage die Gesetzgebung des Staates sich verhält, in dessen Gebiete diese Vermögensteile sich befinden. Denn keine Gesetzgebung kann ihre Machtgewalt über die Staatsgrenzen hinaus geltend machen und jedem Staate ist es unbenommen, der Hereinziehung des in seinem Gebiete befindlichen Vermögens eines Ausländers in das in seinem Heimatsstaate eröffnete Konkursverfahren entgegenzutreten, sei es durch eine Heranziehung dieser Vermögensteile zu der ausländischen Konkursmasse völlig ausschließende Vorschriften, sei es durch eine solche nur beschränkende Bestimmungen.

Die deutsche Konkursordnung enthält derartige Vorschriften nach zwei Richtungen. Wenngleich der Gesetzgeber bezüglich der Wirkungen eines im Auslande eröffneten Konkursverfahrens auf das im Inlande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners das Territorialitätsprinzip nicht streng festgehalten, sondern auf einen freieren internationalen Standpunkt sich gestellt und anerkannt hat, daß das im Auslande eröffnete Konkursverfahren seine Wirkungen auch auf das im Inlande befindliche Vermögen des Gemeinschuldners erstrecke, insbesondere davon ausgeht, daß dieses Vermögen von dem Konkursverwalter zur ausländischen Konkursmasse herangezogen werden könne, so ist doch dieses Prinzip im Interesse der inländischen Gläubiger ausländischer Schuldner insofern durchbrochen und in seiner Wirksamkeit wesentlich beschränkt, als einerseits nach §. 208 K.O. über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ein Konkursverfahren eröffnet werden kann, wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, oder ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut bewirtschaftet, und zwar auch dann, wenn im Auslande bereits das Konkursverfahren eingeleitet ist, und als andererseits in §. 207 bestimmt ist:

„Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig."

Die Konkursordnung nimmt also für den Fall, daß es an den in §. 208 aufgestellten Voraussetzungen für die Eröffnung eines Kon-

kurses über das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners fehlt, den Standpunkt ein, daß, so lange noch Vermögen des im Auslande in Konkurs geratenen Schuldners im Inlande vorhanden ist, dieses als ein zur Zwangsvollstreckung wider ihn dienliches Objekt behandelt werden dürfe, und also *insofern* nicht als ein zur Konkursmasse, sondern dem Schuldner gehöriges Vermögen anzusehen sei. Wie die Konkursordnung dabei keinen Unterschied macht, je nachdem die Gesetzgebung des Auslandes den dort erkannten Konkurs auf das außerhalb des Staatsgebietes befindliche Vermögen des Gemeinschuldners erstreckt und damit dem letzteren die Dispositionsbefugnis über dieses Vermögen entzieht oder nicht, ebensowenig unterscheidet sie zwischen Forderungen und Ansprüchen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bereits vollstreckbar waren, und solchen, welche erst später vollstreckbar geworden sind, und beschränkt ihre Bestimmungen auch nicht in der Richtung, daß diese nur anwendbar sein sollen, so lange der ausländische Konkursverwalter seinen Willen, das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen zur Konkursmasse heranzuziehen, nicht zu erkennen gegeben und keine Schritte zu dieser Heranziehung gethan oder dasselbe, während es noch im Deutschen Reiche sich befindet, nicht in Besitz genommen hat. Deshalb und weil die in §. 207 K.O. enthaltene Vorschrift in Verfolg der Bestimmung in §. 24 C.P.O. und um den mit der letzteren beabsichtigten Zweck des Schutzes der inländischen Gläubiger zu sichern, erlassen ist, da ferner nichts darauf hindeutet, daß dieser Schutz nur denjenigen Gläubigern zu gute kommen solle, welche schon vor der Konkurseröffnung einen vollstreckbaren Titel sich verschafft haben, muß davon ausgegangen werden, daß, so lange noch zur Zwangsvollstreckung dienliches Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners im Gebiete des Deutschen Reiches sich befindet, inländische Gläubiger auch mit Klagen gegen den im Auslande in Konkurs geratenen Schuldner in dem durch §. 24 C.P.O. gegebenen Gerichtsstande vorgehen, auch durch Anträge auf arrestatorische Verfügungen die Verabfolgung dieser im Inlande befindlichen Vermögensstücke an die ausländische Konkursmasse verhindern können, daß sie also diejenigen Schritte thun können, welche nach der deutschen Gesetzgebung notwendig sind; um zur Zwangsvollstreckung in das im Inlande befindliche Vermögen ihres ausländischen Schuldners zu gelangen.

Diese Auffassung der Vorschrift des §. 207 K.O. findet auch darin

eine Unterstützung, daß die Bestimmung in §. 293 der preuß. Konkursordnung vom 8. Mai 1855, welche das Vorbild des §. 207 K.O. gewesen und mit dem letzteren, soweit es hier interessiert, übereinstimmend vorschreibt: „Besitzt ein Ausländer, über dessen Vermögen im Auslande der Konkurs eröffnet worden ist, im Inlande keine Handelsniederlassung, jedoch anderweitiges Vermögen, so ist die Exekution in das inländische Vermögen zulässig" (während die in den §§. 294. 295 enthaltenen Vorschriften als nicht unentbehrlich in die Konkursordnung nicht aufgenommen sind) in der Rechtsprechung sowohl des früheren preuß. Obertribunales (vgl. Striethorst, Archiv Bd. 29 S. 291) als des Reichsoberhandelsgerichtes (vgl. Entsch. Bd. 2 S. 68) dahin ausgelegt und angewendet ist, daß aus dem Worte „Exekution" nicht zu folgern sei, daß das inländische Vermögen nur von solchen Gläubigern angegriffen werden könne, deren Forderungen bereits exekutionsreif seien, sondern, daß den inländischen Gläubigern das Recht zustehe, auch durch Klagen und Arrest diese Vermögensteile festzuhalten und zu verhindern, daß dieselben vor ihrer Befriedigung an die ausländische Konkursmasse ausgeantwortet werden.

Die danach an sich, ungeachtet der bereits vor ihrer Anstellung erfolgten Konkurseröffnung, zulässige Klage konnte auch gegen die Handlungsfirma T. & Komp. gerichtet werden. Denn wenn auch die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, die Fähigkeit sein Vermögen zu verwalten und vor Gericht aufzutreten nach dem Rechte des Konkursgerichtes, im vorliegenden Falle also nach dem englischen Rechte, sich bestimmt, und nach dem letzteren die Konkursmasse alles umfaßt, was dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung eigentümlich zusteht, dieses Vermögen kraft des Gesetzes in die Gewere des Verwalters (trustee) übergeht, der letztere, als trustee of the property, alle Eigentumsbefugnisse ausübt, klagt und verklagt wird, so folgt daraus doch nicht, daß die nach §. 207 K.O. zulässigen Anträge auf Zwangsvollstreckung in das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen des englischen Gemeinschuldners und die zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung dienenden Klagen nicht gegen die beklagte Handlungsfirma angestellt werden können, sondern gegen die trustees erhoben werden müßten. Es muß vielmehr als eine notwendige Konsequenz der Bestimmung in §. 207 K.O. anerkannt werden, daß, wie das Zwangsvollstreckungsverfahren, so auch die dasselbe vorbereitenden Klagen gegen

den Schuldner gerichtet werden können. Die Konkurseröffnung entzieht dem Gemeinschuldner nur die Dispositionsbefugnis über das dem Konkursverfahren unterworfene; die Konkursmasse bildende Vermögen, macht ihn aber nicht handlungsunfähig. Nach §. 207 K.O. bildet aber das im Gebiete des Deutschen Reiches befindliche Vermögen des ausländischen Gemeinschuldners, insoweit es zum Zwecke der Zwangsvollstreckung für Forderungen inländischer Gläubiger dienen soll, nicht einen Teil der ausländischen Konkursmasse, sondern wird, jedoch nur für die darin zu vollziehende Zwangsvollstreckung, als dem Gemeinschuldner gehörig behandelt, während im übrigen die deutsche Gesetzgebung in die ausländische Gesetzgebung über die Wirkungen der Konkurseröffnung auf das Verfügungsrecht des Gemeinschuldners nicht eingreift. Die in §. 207 K.O. enthaltene Bestimmung erfordert zu ihrer Ausführung die Möglichkeit eines prozessualischen Verfahrens in Deutschland. Es würde aber für die von den inländischen Gläubigern (in deren Interesse und zu deren Schutze vor Benachteiligungen, welche aus der Notwendigkeit entspringen, in dem ausländischen Konkurse Befriedigung wegen ihrer Forderungen zu suchen, die Vorschrift in §. 207 a. a. O. erlassen ist) zu führenden Prozesse an einem genügend vertretenen Prozeßgegner fehlen, wenn man nicht davon ausgehen müßte, daß die Konkursordnung, indem sie das im Inlande befindliche Vermögen auch nach der im Auslande erfolgten Konkurseröffnung noch für die Zwangsvollstreckung als dem Schuldner gehöriges Vermögen behandelt, nicht nur den Gerichtsstand des §. 24 C.P.O. aufrecht erhalte, sondern auch für die gegen den Schuldner zu führenden Prozesse dessen Prozeßfähigkeit als fortbestehend betrachte und es den Vertretern der ausländischen Konkursmasse überlasse, in welcher Weise sie die Interessen der Konkursgläubiger wahrnehmen wollen. Denn aus dem Übergange des Verfügungsrechtes über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen auf den Konkursverwalter entspringt wohl das Recht, an Stelle des Gemeinschuldners in das Prozeßverfahren einzutreten, nicht aber die Pflicht ihn in diesen Prozessen mit den Gläubigern zu vertreten, welche für ihre Forderungen Befriedigung suchen aus den im Gebiete des Deutschen Reiches befindlichen Vermögensteilen des Gemeinschuldners. Von der Entschließung des ausländischen Konkursverwalters, bezw. der Gläubigerschaft hängt es ab, ob sie an Stelle des Gemeinschuldners den gegen diesen auf Grund der Vorschriften in §. 207 K.O. und

§. 24 C.P.O. bei den deutschen Gerichten nach der Konkurseröffnung anhängig gemachten Prozeß übernehmen, oder dem Gemeinschuldner die Prozeßführung überlassen oder einstweilen eine passive, abwartende Stellung einnehmen und nur die erforderlichen Schritte thun wollen, um zu verhindern, daß der etwa nach Befriedigung der klagenden inländischen Gläubiger verbleibende Überschuß des im Deutschen Reiche befindlichen Vermögens nicht an den Gemeinschuldner, sondern an sie ausgeantwortet werde. Treten die Vertreter der Konkursmasse vermöge des auf sie übergegangenen Verfügungsrechtes über das gesamte, zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners in den Prozeß als Hauptpartei ein, so können sie dieses nur in Vertretung des Gemeinschuldners thun.[1]

War demnach im vorliegenden Falle, ungeachtet der schon zur Zeit der Anstellung derselben in England erfolgten Konkurseröffnung über das Vermögen der Handlungsfirma T. & Komp., die Klage, welche bezweckt die Zwangsvollstreckung wegen der der Klägerin gegen die gedachte Firma zustehenden Forderung in das im Bezirke des Landgerichtes Aurich befindliche und mit Arrest belegte Vermögen der Gemeinschuldnerin vorzubereiten und zu ermöglichen, gegen die Schuldnerin selbst zu richten, so konnte doch nach dem Verlaufe, welchen das Verfahren genommen und dem Verhalten der Revisionskläger die Verurteilung der letzteren als trustees in dem über das Vermögen der Firma T. & Komp. eröffneten Konkurse erfolgen.

Die Revisionskläger haben, nachdem nicht der beklagten Firma, sondern ihnen als den Masseverwaltern der in Konkurs geratenen beklagten Firma die Klagschrift behändigt worden, in dieser Eigenschaft einen Anwalt bevollmächtigt und durch diesen, wie es im Thatbestande des Urteiles des Landgerichtes zu Aurich heißt, „für die beklagte, Ende Oktober 1880 in Konkurs geratene Firma den Prozeß aufgenommen". Die Klägerin hat sich hiermit einverstanden erklärt und in der Berufungsinstanz ausweislich des Thatbestandes erklärt, daß sie die Klage gegen die Gemeinschuldnerin angestellt habe, die trustees aber als deren

[1] Vgl. die Kommentare zur Konkursordnung von v. Sarwey, 2. Aufl. S. 867 flg.; Petersen, S. 519 flg.; v. Wilmowski, Einleitung §. 4 und §. 207 S. 573 flg.; Stieglitz, S. 703; v. Völderndorff (Gesetzgebung des Deutschen Reiches von Bezold Bd. 2) S. 609; Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. 2 §. 113 S. 267; Fuchs, der deutsche Konkursprozeß S. 165. D. E.

Vertreter ansehe. Wenngleich nicht, wie die Revisionsbeklagte geltend gemacht hat, die Vorschriften der §§. 218 flg. C.P.O. über die Unterbrechung des Verfahrens durch die Konkurseröffnung und dessen Wiederaufnahme Anwendung finden können, so sind doch die Revisionskläger, welche als trustees der Konkursmasse die dieser an dem im Bezirke des Landgerichtes Aurich befindlichen Vermögen der Firma T. & Komp. zustehenden selbständigen Rechte und Interessen zu vertreten hatten, nicht etwa als Nebenintervenienten in den gegen die Firma anhängigen Prozeß eingetreten, sondern haben denselben als Hauptpartei, in Vertretung der Gemeinschuldnerin und der Konkursmasse übernommen, sie konnten daher, nachdem die Klägerin hiermit sich einverstanden erklärt hatte, in dieser ihrer Eigenschaft als trustees zur Zahlung der im übrigen nicht bestrittenen Forderung verurteilt werden, ohne daß darin ein über den Antrag der Klägerin, welcher allerdings auf Verurteilung der beklagten Handlungsfirma T. & Komp. gerichtet war, hinausgehendes Erkennen zu finden ist."

---

126. Findet bei weiteren Beschwerden in den Fällen der §§. 4. 16 des Gerichtskostengesetzes die Bestimmung des §. 531 Abs. 2 C.P.O. Anwendung?

I. Civilsenat. Beschl. v. 17. April 1882 i. S. S. (Kl.) w. W. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 16/82.

I. Landgericht Danzig, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Durch Beschluß des Landgerichtes ist die Erinnerung des Klägers gegen einen Gerichtskostenansatz zurückgewiesen. Die Beschwerde des Klägers gegen diesen Beschluß ist (unter Billigung der Gründe desselben) durch Beschluß des Oberlandesgerichtes für unbegründet erachtet. Die gegen letzteren Beschluß erhobene weitere Beschwerde mußte nach §. 531 Abs. 2 C.P.O. als unzulässig verworfen werden, weil die angegriffene Entscheidung des Beschwerdegerichtes einen neuen selbständigen Beschwerdegrund nicht enthält.

„Die Ansicht ist nicht zu billigen,[1] daß die den Kreis der weiteren Beschwerden beschränkende Bestimmung des §. 531 Abs. 2 C.P.O. auf Beschwerden in Kostensachen überhaupt nicht anwendbar sei.

Der §. 4 des Gerichtskostengesetzes bestimmt

a. in seinem ersten Satze, daß über Erinnerung der Zahlungspflichtigen oder der Staatskasse gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen das Gericht der Instanz gebührenfrei entscheide;
b. in seinem zweiten Satze, daß die Entscheidung von dem Gerichte, welches dieselbe getroffen hat, sowie von dem Gerichte der höheren Instanz von Amts wegen geändert werden könne;
c. in seinem dritten Satze, daß gegen die Entscheidung Beschwerde nach Maßgabe der §§. 531 bis 538 C.P.O., in Strafsachen nach Maßgabe der §§. 346 bis 352 St.P.O. stattfinde.

Der zweite Satz läßt eine spontane, fakultative Offizialthätigkeit zu, der dritte Satz regelt ganz selbständig das Beschwerdewesen. Derselbe verordnet (insoweit es sich nicht um den Ansatz von Gebühren und Auslagen in Strafsachen handelt) ohne irgend welche Unterscheidung, es finde die Beschwerde nach Maßgabe der §§. 531 bis 538 C.P.O. statt. Es muß daher das mit weiterer Beschwerde angegangene Gericht auch in den gekennzeichneten Kostensachen nach §. 537 a. a. O. von Amts wegen prüfen, ob die weitere Beschwerde statthaft sei, und solches, wie im vorliegenden Falle geschehen, verneinen, falls es findet, daß die angegriffene Entscheidung keinen neuen Beschwerdegrund enthält. Ein Gericht darf nicht aus legislativ etwa beachtlichen Gründen Unterscheidungen in klare Gesetzesvorschriften hineintragen, welche in diesen Gesetzesvorschriften nicht enthalten sind. Das würde aber geschehen, wenn man aus dem angeblichen öffentlichen Interesse an gleichförmiger Anwendung der Vorschriften über den Gerichtskosten- und Auslagen-Ansatz und aus der Zulassung einer spontanen Füglichkeit für die Gerichte herleiten wollte, daß das Gesetz, obwohl es die §§. 531 bis 538 C.P.O. hinsichts der hier in Rede stehenden Beschwerden ohne Beschränkung in Bezug nimmt, doch den zweiten Absatz des §. 531 nicht in Bezug genommen habe.

---

[1] Die entgegengesetzte Ansicht ist von dem Kammergerichte zu Berlin zur Geltung gebracht in dem Beschlusse vom 3. Mai 1880, abgedruckt in den Jahrbb. der Entsch. des Kammergerichtes Bd. 1 S. 161—163. D. E.

Der erste Grund würde auch dazu führen, bei den Beschwerden über die Entscheidung auf das Festsetzungsgesuch in dem Kostenerstattungsverfahren jede formale Schranke zu beseitigen, und doch hat die Civilprozeßordnung in diesem Verfahren nur die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung für statthaft erklärt, also die formale Schranke der für diese Beschwerdeart stattfindenden Frist gesteckt.

Die spontan fakultative Thätigkeit der Gerichte ist (wie oben hervorgehoben) im Gesetze selbst von dem Beschwerdeverfahren gesondert. Auch ist es für die Belastung der höchsten Instanz, welche der Gesetzgeber im allgemeinen zu verringern soviel als möglich anstrebt, ein sehr wesentlicher Unterschied, ob jede Erinnerung gegen einen Kostenansatz in einem überhaupt ihrer Zuständigkeit angehörigen Verfahren von jedem Interessenten ohne irgend welche Schranke als Gegenstand einer notwendigen materiellen Entscheidung dieser höchsten Instanz geltend gemacht werden darf, oder ob bestimmte Schranken in dieser Beziehung bestehen, indessen der höchsten Instanz freigelassen ist, freiwillig gegen Mißgriffe einzuschreiten.

Ebensowenig als es zulässig ist, allgemeine legislative Gesichtspunkte gegen den klaren Ausdruck des bestehenden Gesetzes zur Auslegung des letzteren zu verwerten, wäre es zulässig, den Inhalt der sogenannten Gesetzesmaterialien zu einer Interpretation des Gesetzes benutzen zu wollen, welche dem (im Gesetze selbst unzweideutig ausgedrückten) Gesetzeswillen widersprechen würde. Die Verleitung zu einem solchen Versuche könnte in der vorliegend erörterten Materie dadurch entstehen, daß in den Motiven zu dem Entwurfe eines Gerichtskostengesetzes in der Begründung des §. 4 des Entwurfes (mit welchem bezüglich der hier in Frage kommenden Vorschriften §. 4 G.K.G. übereinstimmt) bemerkt ist, gegen die Entscheidung über Erinnerungen gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen sei, wie in dem ähnlichen Falle des §. 14 (des Entwurfes) die Beschwerde neben der Möglichkeit einer Änderung von Amts wegen zugelassen, während bei Begründung jenes §. 14 des Entwurfes (jetzt §. 16 G.K.G.) ausgeführt wird, die (dem Interesse der beteiligten Staatskasse dienende) Möglichkeit, die Festsetzung auch von Amts wegen zu ändern, schließe die Feststellung einer Notfrist für diese Beschwerde (wie eine solche in einzelnen der bisher geltend gewesenen Partikular-Kostengesetze, z. B. im Art. 12 des sachsen-meiningenschen Gesetzes, die revidierte Sportelordnung und

Taxe betr., vom 18. Juli 1862 und in Art. 10 des württembergischen allgemeinen Sportelgesetzes vom 23. Juni 1828 gegolten habe) aus. Man könnte in diesen Ausführungen die Reflexion des Verfassers der Motive finden, es liege etwas unzuträgliches darin, die spontane Änderung von Amts wegen freizugeben und das Beschwerderecht an formale Schranken zu binden. Aus jenen Motiven läßt sich auch nicht ersehen, ob bei der mitgeteilten Erwägung über die Unzulässigkeit einer Frist dieser Beschwerden (welche Frist auch im Gerichtskostengesetze in den Fällen der §§. 4 und 16 desselben im Gegensatze zum §. 99 C.P.O. nicht bestimmt ist) der Verfasser der Motive den Inhalt des §. 531 C.P.O. von demselben Gesichtspunkte aus klar in das Auge gefaßt hat. Man könnte vielleicht in der Unterlassung einer Erörterung derjenigen Gründe, welche (trotz des Vorschlages in den gekennzeichneten Fällen aus jenem Gesichtspunkte nicht sofortige, sondern fristenlose Beschwerde einzuführen) den Vorschlag, bei dieser Beschwerde die §§. 531 bis 538 für maßgebend zu erklären, rechtfertigten, einen Mangel an Klarheit oder Vollständigkeit der Motive erblicken wollen. Diese gegen die Motive des Gesetzentwurfes gerichtete Kritik hätte aber gar keinen entscheidenden Wert für die Bedeutung des Gesetzes. Das Gerichtskostengesetz verordnet ganz deutlich, es ist der Wille des Gesetzes, daß in den Fällen der §§. 4 und 16 desselben der §. 531 C.P.O. überhaupt, also auch der zweite Absatz desselben, anzuwenden ist."

---

127. Kann die Revision gegründet werden
a. auf Verletzung der Grundsätze von der Beweislast,
b. auf Rechtsverletzung bei Auslegung eines Vertrages,
wenn das zu beurteilende Rechtsverhältnis von Rechtsnormen des Auslandes beherrscht wird?

I. Civilsenat. Urt. v. 17. April 1882 i. S. B. (Kl.) w. Norddeutsche Vers.-Ges. (Bekl.) Rep. I. 706/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die in der Überschrift gestellten Fragen sind verneint, und zwar „zu a. weil

1) die Grundsätze der Beweislast nicht dem Prozeßrechte angehören, sondern identisch sind mit den Normen des (das streitige Rechtsverhältnis beherrschenden) materiellen objektiven Rechtes, betrachtet als Maßstab für die Wesentlichkeit der Klarlegung eines (behaupteten, prozessual rechtzeitig bestrittenen) Thatbestandes zum Durchdringen der behauptenden Partei mit einem Behelfe;

2) nach dem Inhalte der Police das Rechtsverhältnis aus derselben den Normen des (im Bezirke des hanseatischen Oberlandesgerichtes zu Hamburg nicht geltenden) Code de commerce unterstellt ist;

3) nach den Bestimmungen des §. 511 C.P.O. und des §. 2 der Verordnung vom 28. September 1879 eine Verletzung der Normen des französischen Rechtes nur dann die Revision begründet, wenn dieses Recht in dem Bezirke desjenigen Oberlandesgerichtes, dessen Berufungsurteil mit der Revision angegriffen wird, Geltung besitzt;

zu b. weil nach den Prinzipien, welche Bd. 3 Nr. 125 S. 425 der Entsch. des R.G.'s in Civilsachen klargelegt sind, sich allerdings ein Revisionsangriff gegen ein auf Auslegung einer Versicherungspolicenklausel gegründetes Berufungsurteil dann durchführen läßt, wenn sich ergiebt, daß die anscheinende Vertragsauslegung in Wirklichkeit die Feststellung einer Rechtsnorm, nämlich die Feststellung des objektiven Rechtsgrundsatzes ist, daß eine solche Klausel in Policen gleicher Fassung stets zu einer gewissen Rechtswirkung führen müsse, und die so festgestellte Norm unrichtig erscheint, auch das objektive Recht, welches die betreffenden versicherungs-kontraktlichen Verhältnisse beherrscht, und in welches sich der (durch wesentlich juristische Reflexion gewonnene) Grundsatz eingliedern sollte, zu denjenigen Rechten gehört, deren Verletzung (nach dem §. 511 C.P.O. und der Verordnung vom 28. September 1879) die Revision begründet; letztere Voraussetzung aber (nach der oben bei dem ersten Revisionsangriffe entwickelten Ausführung) im vorliegenden Falle nicht zutrifft."

128. Ist das Berufungsgericht zur Entscheidung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung noch nach Verkündung des Berufungsurteiles zuständig, wenn der Antrag vor der Verkündung gestellt war?

C.P.O. §§. 816. 821. 235 Ziff. 2.

III. Civilsenat. Beschl. v. 2. Mai 1882 i. S. V. (Kl.) w. die Direktion der sächs.-thüring. Ost-West-Eisenbahngesellschaft (Bekl.). Beschw.-Rep. III. 44/82.

I. Oberlandesgericht Jena.

„Der vom Kläger in seiner Klagsache wider die sächsisch-thüringische Ost-West-Eisenbahngesellschaft in Weida auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gerichtete Antrag ist bei dem Oberlandesgerichte zu Jena an dem Tage, an welchem bei diesem die mündliche Verhandlung in der gedachten Klagsache stattfand, und zwar, bevor dieses geschah, eingegangen, von dem Oberlandesgerichte aber nach Verkündung des Berufungsurteiles in der Hauptsache als dort nicht stattfindend auf Grund der §§. 821 und 816 C.P.O. zurückgewiesen worden, weil die Hauptsache nach Verkündung des Berufungsurteiles nicht mehr dort anhängig sei. Letzteres ist richtig, aber nicht richtig die daraus gezogene Folgerung, weil zur Zeit der Stellung des Antrages, welche in schriftlicher Form erfolgen konnte und nicht einer mündlichen Wiederholung in der Berufungsverhandlung bedurfte (§. 816 C.P.O.), die Hauptsache unzweifelhaft noch in der Berufungsinstanz anhängig war, nur dieser Zeitpunkt aber über die Zuständigkeit des Berufungsgerichtes zum Erlaß provisorischer Verfügungen entscheiden kann. Denn die durch die Rechtshängigkeit der Hauptsache begründete Zuständigkeit zur Entscheidung über den Antrag bleibt fortbestehen, auch wenn vor Erledigung des letzteren mit der Verkündung des Urteiles in der Hauptsache vorgegangen und damit eine Änderung in der die Zuständigkeit begründenden Voraussetzung herbeigeführt wird (vgl. §. 235 Ziff. 2 C.P.O.)."

129. 1. Bezieht §. 293 C.P.O. sich auch auf die Rechtskraft von Urteilen, welche schon vor Einführung der C.P.O. ergangen sind?
2. Wird nach dem (vormaligen) gemeinen Prozeßrechte durch die Feststellung eines Rechtsverhältnisses nur für den konkreten Fall oder auch für künftige Fälle Rechtskraft begründet?

I. Civilsenat. Urt. v. 2. November 1881 i. S. G. (Kl.) w. O'Sw. & Co. (Bekl.) Rep. I. 603/81.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Das Oberlandesgericht nimmt mit Recht an, daß die Bestimmungen des §. 293 C.P.O. über die Rechtskraft hier nicht zur Anwendung kommen, weil der Vorprozeß noch nach dem früheren, vor Einführung der Reichscivilprozeßordnung in Hamburg geltenden Verfahren verhandelt und entschieden ist. Denn diese Bestimmungen stehen in untrennbarem Zusammenhange mit anderweiten Vorschriften des Gesetzes, z. B. mit den §§. 231. 253. 467, und können daher sich nur auf die Wirkung und den Umfang der Rechtskraft solcher Urteile beziehen, welche auf Grund eines durch die Civilprozeßordnung geregelten Verfahrens ergangen sind. Für die Bedeutung und Tragweite der Vorerkenntnisse ist daher das früher in Hamburg geltende gemeine Recht, unter dessen Herrschaft sie ergangen sind, maßgebend.

Vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 3 Nr. 79 S. 290 u. Bd. 5 Nr. 90 S. 335.

Nach der über die Frage, ob und wieweit die Gründe eines Erkenntnisses der Rechtskraft fähig sind, für das gemeine Recht vorherrschenden Ansicht, welcher sich auch das vormalige Reichsoberhandelsgericht in mehrfachen Entscheidungen (vgl. z. B. Seuffert, Archiv Bd. 25 Nr. 278 u. Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 5 S. 84 u. Bd. 14 S. 359 und die dortigen Ausführungen) angeschlossen hat und von welchen abzugehen das Reichsgericht keine Veranlassung findet, hat ein Erkenntnis, welches auf der Feststellung eines Rechtsverhältnisses beruht und diese bezweckt, die Wirkung der Rechtskraft nicht bloß für den in jenem Rechtsstreite aus der Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses hergeleiteten konkreten An-

spruch, sondern auch für alle künftigen Fälle, bei welchen dasselbe Rechtsverhältnis wieder in Frage kommt."

---

130. Hat die in den Vorinstanzen beschlossene Verbindung mehrerer Prozesse (C.P.O. §. 138) die Wirkung der Zusammenrechnung der Ansprüche zwecks Ermittelung der Revisionssumme?

C.P.O. §. 508 Abs. 2.

I. Civilsenat. Urt. v. 11. Februar 1882 i. S. S. u. F. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. II. 632/81.

I. Landgericht Greifswald, Kammer für Handelssachen in Stralsund.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Aus den Gründen:

„Während der von dem Kläger S. erhobene Anspruch auch nach Ermäßigung der ursprünglichen Klagbitte den Betrag von 1500 ℳ übersteigt, bleibt der Anspruch des Klägers F. erheblich unter demselben, und ist deshalb von dem Beklagten beantragt, die Revision des Mitklägers F. auf Grund des §. 508 C.P.O. als unzulässig zu verwerfen. Diesem Antrage konnte jedoch keine Folge gegeben werden, indem vielmehr in Übereinstimmung mit der in Bd. 5 S. 354 flg. abgedruckten Entscheidung des II. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 5. Juli 1881 angenommen werden muß, daß im Falle einer nach §. 138 C.P.O. gerichtsseitig angeordneten Verbindung mehrerer bei demselben Gerichte anhängigen Prozesse zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung der nach §. 508 C.P.O. für die Revision erforderliche Wert des Beschwerdegegenstandes vorhanden ist, wenn er sich auch nur aus einer Zusammenrechnung der bei den Beschwerden in Frage kommenden Ansprüche ergiebt.

Bei der Gleichartigkeit des thatsächlichen und rechtlichen Grundes der von den Klägern erhobenen Ansprüche würden die Kläger nach den §§. 56. 57 C.P.O. berechtigt gewesen sein, dieselben in einer gemeinschaftlichen Klage als Streitgenossen geltend zu machen, und in diesem Falle würde nach §. 508 Abs. 2, verbunden mit §. 5 C.P.O., die

Zusammenrechnung der beiderseitigen Ansprüche bei einer von beiden Klägern eingelegten Revision keinem Zweifel unterliegen, wie denn auch schon für das frühere gemeine Prozeßrecht (wenigstens die Praxis) sich überwiegend hierfür ausgesprochen hatte.

Vgl. Wetzell, System 2. Aufl. §. 64 bei Note 61 flg.

Nur unter der Voraussetzung des Vorliegens der Erfordernisse der Streitgenossenschaft darf aber auch das Gericht die Verbindung mehrerer Prozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung nach §. 138 C.P.O. anordnen, und es ist schon von vornherein anzunehmen, daß eine solche durch das Gericht angeordnete Verbindung, obwohl dieselbe selbstverständlich keine rückwirkende Kraft äußern und daher für die Zuständigkeit des Gerichtes nicht von Einfluß sein kann, doch für die Zukunft gerade so wirken solle, wie eine schon durch die Klage vorgenommene Verbindung der Ansprüche. Auch ergeben die Motive zu den §§. 56. 57 C.P.O., sowie zu dem §. 132 des Entwurfes, welcher dem jetzigen §. 138 entspricht, daß man durch diese letztere Bestimmung nicht bloß eine äußerliche Verbindung, sondern eine wirkliche Streitgenossenschaft und die Wirkungen der Klagenkumulation bezweckte. Es ist denn auch in der That kein Grund ersichtlich, weshalb der Anordnung des Gerichtes nicht dieselbe Wirkung beigelegt werden solle, wie dem Belieben des Klägers oder der verschiedenen Kläger, da das Gericht nur dasjenige thut, was zweckmäßiger Weise dieser oder diese von vornherein hätten thun sollen.

Das Bedenken, daß es nicht in das Belieben der Instanzrichter gestellt werden könne, eine an sich nicht revisibele Sache zu einer revisibelen zu machen, ist unzutreffend. Denn die Aufstellung einer Beschwerdesumme als Voraussetzung eines Rechtsmittels hat überhaupt etwas willkürliches und macht es von allerlei Zufälligkeiten abhängig, ob im einzelnen Falle das Rechtsmittel zulässig ist oder nicht. Auch geht aus den Beratungen, welche zur Einführung der Revisionssumme geführt haben, klar hervor, daß man sich dessen bewußt war, und insbesondere nicht verkannte, wie andererseits durch die Bestimmungen über das Teilurteil (§§. 272—274 C.P.O.) und durch die den Gerichten erteilte Befugnis, die Verhandlung über mehrere in einer Klage erhobenen Ansprüche in getrennten Prozessen anzuordnen (§. 136 C.P.O.), die Revisibilität durch die Gerichte der Vorinstanzen aufgehoben oder beschränkt werden könne. Kann aber durch die

vom Gerichte nach §. 136 C.P.O. angeordnete Trennung der Verhandlung den Parteien das Rechtsmittel der Revision entzogen werden, so erscheint es nur konsequent, der nach dem, ein Korrelat des §. 136 bildenden §. 138 C.P.O. verfügten Verbindung umgekehrt die Wirkung beizulegen, die ohne diese Verbindung fehlende Revisibilität zu begründen.... Die Ansichten der Kommentatoren der Civilprozeßordnung über diese Frage sind zwar verschieden, doch wird die obige Auslegung von mehreren derselben (vgl. Puchelt, Anm. zu §§. 136 bis 138; Kleiner, Anm. zu §. 138 u. Bülow, 3. Aufl. zu §. 508) geteilt. Auch Struckmann u. Koch scheinen nach ihrer Bemerkung zu §. 138 (3. Aufl.), daß die verschiedenen Kläger in diesem Falle Streitgenossen werden, gleicher Ansicht zu sein."...

---

131. 1. Befreit die Zulassung des Klägers zum Armenrechte den vermöglichen Beklagten bis zur Rechtskraft des verurteilenden Erkenntnisses von der Verbindlichkeit zur Kostenzahlung?

2. Ist der Beklagte zum Kostenvorschusse verpflichtet, wenn er in der höheren Instanz als Antragsteller — Berufungs- oder Revisionskläger — auftritt?

G.K.G. §§. 86. 87. 93. 94.
C.P.O. §§. 107. 111. 114.

III. Civilsenat. Beschl. v. 13. Februar u. 2. Mai 1882 i. S. W. Fl. (Kl.) w. M. S. (Bekl.) Beschw.-Rep. III. 11/82.

I. Landgericht Darmstadt.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger war in erster und zweiter Instanz zum Armenrechte zugelassen; das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht erachtete solche auf Berufung des Klägers für begründet und verurteilte den Beklagten zugleich in die Prozeßkosten. Bevor noch das zweitinstanzliche Erkenntnis die Rechtskraft beschritten, wurden die Kosten der Berufung von dem Beklagten angefordert und die dagegen eingebrachte Erinnerung von dem Berufungsgerichte verworfen. Auf

Beschwerde des Beklagten, der inzwischen die Revision eingelegt hatte, ordnete das Reichsgericht an, „daß die Einziehung der Gerichtskosten von dem Beklagten nach Maßgabe des Berufungsurteiles einstweilen auszusetzen sei", mit nachstehender Begründung:

„Das Gerichtskostengesetz Abschn. VII unterscheidet zwischen Kostenvorschuß und Kostenzahlung. Jener ist von dem Antragsteller zu leisten, die Verpflichtung zu dieser tritt ein, sobald das Verfahren oder die Instanz nach Maßgabe des §. 93 G.K.G. erledigt ist. Daß bei letzterer das ergangene Urteil bereits die Rechtskraft beschritten habe, ist nicht erforderlich.

Diese Grundsätze werden jedoch von den Bestimmungen über das Armenrecht, insbesondere den §§. 111. 114 C.P.O. durchbrochen. Zwar kann danach der vermögliche Kläger, der bereits einen Kostenvorschuß geleistet hat, nicht dessen Rückersatz verlangen, sobald im Laufe des Prozesses der Beklagte zum Armenrechte zugelassen und letzterer demnächst in die Kosten verurteilt wird; allein eine weitere Beitreibung solcher Kosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, findet nach bewilligtem Armenrechte selbst in diesem Falle nicht eher gegen den Kläger statt, bis der Prozeß zu dessen Nachteil rechtskräftig entschieden oder sonst beendigt oder ungeachtet ergangener Aufforderung der Justizverwaltung nach §. 94 Nr. 1 G.K.G. liegen geblieben ist.

Ist dagegen der Kläger zum Armenrechte zugelassen, so besteht eine Verbindlichkeit des vermöglichen Beklagten zum Kostenvorschusse in der betreffenden Instanz überhaupt nicht, und erst dann tritt eine nachträgliche Berechnung und Erhebung der Kosten von dem Beklagten ein, wenn der Prozeß rechtskräftig zum Nachteile desselben entschieden oder ohne Urteil über die Kosten beendigt wird.

Im vorliegenden Falle war nun der Kläger und Berufungskläger in erster und zweiter Instanz zum Armenrechte zugelassen, der Beklagte und Berufungsbeklagte mithin bis zur Rechtskraft des in zweiter Instanz ergangenen verurteilenden Erkenntnisses von der Kostenzahlung einstweilen befreit. Die §§. 86. 87. 93 G.K.G., auf welche die Vorinstanz zur Begründung ihres die Erinnerung des Beklagten abweisenden Beschlusses Bezug nimmt, regeln die Kostenvorschuß- und Zahlungspflicht in zahlbaren, nicht aber auch in Armensachen, sind daher hier nicht maßgebend."

Mit Bezug auf das eingelegte Rechtsmittel der Revision war nun von dem Beklagten und Revisionskläger, obwohl dem Gegner auch in dritter Instanz das Armenrecht bewilligt worden, der gesetzliche Kostenvorschuß für die Revisionsinstanz gefordert und ist die dagegen erhobene Erinnerung von dem Reichsgerichte zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Die in §. 107 C.P.O. der armen Partei gewährte einstweilige Befreiung von der Berichtigung der Gerichtskosten kommt nach §. 111 C.P.O. dem Gegner unter der Voraussetzung zu statten, daß die arme Partei als Klägerin in der ersten oder der höheren Instanz aufgetreten ist. Daraus folgt, daß der Gegner diese Vergünstigung nur zu dem Zwecke seiner Rechtsverteidigung gegen die Angriffe der armen Partei, nicht aber auch dann genießt, wenn er selber Kläger und Berufungskläger oder, wie im vorliegenden Falle, Revisionskläger ist.

Mit dieser Auslegung des Gesetzes steht der Beschluß vom 13. Februar 1882 nicht in Widerspruch. Dort handelte es sich um die Frage, ob gegen den vermöglichen Beklagten und Berufungsbeklagten vor der Rechtskraft des verurteilenden Erkenntnisses oder sonst vor endgültiger Erledigung des Prozesses eine Beitreibung solcher Kosten statthaft sei, von deren Berichtigung der zum Armenrechte zugelassene Kläger und Berufungskläger einstweilen gesetzlich befreit ist. Es leuchtet ein, daß man diese Frage zu Gunsten des Beklagten entscheiden kann, ohne damit zugleich für den umgekehrten Fall des Auftretens der vermöglichen Partei als Berufungs- oder Revisionsklägerin eine Entbindung der letzteren von der Leistung des gesetzlichen Kostenvorschusses anzuerkennen."

---

132. Darf über den Grund einer Kompensationseinrede ein Zwischenurteil nach Maßgabe des §. 276 C.P.O. erlassen werden?

II. Civilsenat. Urt. v. 16. Mai 1882 i. S. H. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. II. 230/82.

I. Landgericht Freiburg.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Das Reichsgericht hat obige Frage verneint und ergiebt sich das nähere aus folgenden

Gründen:

„Soweit der Thatbestand des Berufungsurteiles und der Inhalt der landgerichtlichen Entscheidung über das materielle des Streitverhältnisses Aufschluß geben, begehrt der Kläger als Auftraggeber vom Beklagten H. die Herausgabe derjenigen Summen, welche dieser als Beauftragter eingezogen hat. Diese auf L.R.S. 1993 gestützte Klage setzt aber zu ihrer thatsächlichen Begründung nicht voraus, daß der Kläger diejenigen Summen angebe, zu deren Abzug der Beklagte berechtigt sein soll, es ist vielmehr Sache des Beklagten, seine Einrede zu begründen, daß und in welcher Höhe er die beanspruchten Reisespesen zu fordern habe. — Das Landgericht hat also, indem es ausspricht, daß der Beklagte keine Reisespesen zu berechnen hat, nicht über den Grund des Klaganspruches, sondern über die Kompensationseinrede vorab erkannt, wenn auch die nicht sehr klare Fassung des Urteiles über den Klaganspruch entscheiden will.

Über den Grund einer Einrede kann aber kein Zwischenurteil nach Maßgabe des §. 276 C.P.O. erlassen werden, es ist vielmehr nur ein Zwischenurteil nach §. 275 zulässig, wobei vorausgesetzt wird, daß die Einrede zur Entscheidung — auch dem Betrage nach — reif sei; das Verfahren erster Instanz beruht daher, weil in gesetzlich unstatthafter Weise vorab über den Grund der Einrede erkannt worden ist, zunächst auf einer Verletzung des L.R.S. 1993 und folgeweise auf einer solchen des §. 276 C.P.O. — Die Berufung gegen dieses Urteil war zwar zulässig, weil es als ein Zwischenurteil im Sinne des §. 276 erlassen worden ist, und sich auch durch die Entscheidung über die Samtverbindlichkeit des mitbeklagten H. sen. als Endurteil zu erkennen giebt, allein das Berufungsgericht hatte wegen des aus dem materiell rechtlichen Irrtum über die Voraussetzungen der Klagbegründung entstandenen wesentlichen Mangels des Verfahrens — unstatthafte Erlassung im Sinne des §. 276 C.P.O. — in Gemäßheit des §. 501 a. a. O. das Urteil aufzuheben und die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen. Weil es nicht so entschieden, sondern sich auf eine

Erörterung der übrigen, allerdings sehr erheblichen, Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens eingelassen und die Berufung zurückgewiesen hat, beruht auch seine Entscheidung auf Verletzung des L.R.S. 1993 und der §§. 275. 276. 501 C.P.O.; es war deshalb solche und folgeweise in der Sache auch die des Landgerichtes aufzuheben.

Hieran ändert der Umstand nichts, daß über einen im Wege der Kompensationseinrede geltend gemachten Anspruch entschieden worden ist. Es kann nämlich die Meinung mehrerer Ausleger der Prozeßordnung nicht gebilligt werden, wonach diese Einrede theoretisch der Widerklage gleichgestellt und daher angenommen wird, daß auch über den Grund des mit ihr geltend gemachten Anspruches im Sinne von §. 276 C.P.O. vorab entschieden werden könne. Diese Auslegung findet weder im Gesetze noch in den hierfür angezogenen Stellen der Motive ihre Rechtfertigung. Der §. 136 stellt die einredeweise vorgebrachte Gegenforderung den in einer Klage erhobenen Ansprüchen nur insofern gleich, als das Gericht deren getrennte Verhandlung anordnen kann, wenn sie mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht; der §. 254 sagt, wie sich insbesondere aus seinem Zusammenhange mit §. 253 ergiebt, nicht, daß der einredeweise im Laufe des Prozesses erhobene Anspruch die Rechtshängigkeit begründe, also die Kompensationseinrede als Anspruch im Sinne der Klage und Widerklage zu gelten habe, und aus §. 274, welcher ein Teilurteil über die Forderung (nicht auch die Gegenforderung, welche im Wege der Einrede geltend gemacht worden ist) zuläßt, folgt nichts für die Statthaftigkeit eines Zwischenurteiles über die Gegenforderung im Sinne des §. 276; es könnte hieraus eher das Gegenteil hergeleitet werden.

Die Bestimmung des §. 293 Abs. 2 endlich beruht auf ganz besonderen, mit der früheren Streitfrage über den Umfang der Rechtskraft zusammenhängenden Erwägungen, sodaß auch die Motive hierzu für die vorliegende Frage, die sie übrigens gar nicht berühren, nicht verwertet werden können. Die Motive zum §. 235 besagen an der einen Stelle nur, daß ein klagend geltend gemachter Anspruch auch mit der Tragweite rechtshängig sei, daß er nicht in einem anderen Prozesse im Wege der Kompensation vorgeschützt werden könne, und geben zugleich den Ausweg an, wie gleichwohl der Beklagte den bereits klagend von ihm erhobenen Anspruch auch als Gegenforderung in dem

gegen ihn geführten Prozesse wahren könne, und die Bemerkung an der anderen Stelle, daß Widerklage und Kompensationseinrede nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern in der mündlichen Verhandlung erhoben werden, ist gewiß nicht von der Bedeutung, daß auf Grund derselben ein System in das Gesetz hineingelegt werden könnte, wonach der Kompensationseinrede der Charakter eines Verteidigungsmittels entzogen würde. Muß ihr aber diese Bedeutung beigelegt werden, so folgt daraus, daß, wenn sie nach Grund und Betrag zur Entscheidung reif ist, jedenfalls ein Zwischenurteil nach §. 275 C.P.O. ergehen kann, gegen welches keine Berufung stattfindet; damit ist aber die Möglichkeit eines Zwischenurteiles über den Grund allein, welches in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen wäre, unvereinbar."

---

133. 1. Kann in Fällen, wo der Richter nur für eine der beiden Alternativen (Leistung oder Nichtleistung des Eides) eine bedingte Endentscheidung giebt, das Urteil im ganzen und von beiden Parteien mit Berufung und Revision angefochten werden?

2. Gestattet das Gesetz (C.P.O. §. 427) derartige bedingte Endurteile zu erlassen?

3. Unter welchen Voraussetzungen ist der Berufungsrichter befugt, die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen (C.P.O. §§. 499. 500)?

II. Civilsenat. Urt. v. 14. März 1882 i. S. G. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 223/82.[1]

I. Landgericht Frankenthal.
II. Oberlandesgericht Zweibrücken.

Aus den Gründen:

„Der Einwand, daß die Revision unzulässig sei, weil das angefochtene Urteil nicht als ein Endurteil im Sinne von §. 507 C.P.O. betrachtet werden könne, erscheint unbegründet.

Ganz abgesehen davon, daß die Zurückweisung der Sache in die

[1] S. die folgende Nr. 134 S. 427. D. R.

erste Instanz, insofern hiermit die Berufungsinstanz für erledigt erklärt wird, als Endentscheidung im Sinne des §. 507 C.P.O. aufzufassen ist (Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 5 Nr. 102 S. 375), ist auch im übrigen das angefochtene Urteil als Endurteil anzusehen.

Das Oberlandesgericht hat nicht etwa nur ein der Revision nicht unterliegendes, den Einwand der fehlenden Aktivlegitimation verwerfendes Zwischenurteil (§. 275 C.P.O.) erlassen, sondern es entscheidet über die Klagansprüche in Form eines durch Eidesleistung bedingten Endurteiles (§. 425 C.P.O.), allerdings in unvollkommener Weise, indem es nur nach einer Richtung hin, nämlich für den Fall der Nichtleistung des Eides, den Rechtsstreit durch Abweisung der Klage erledigt, für den Fall der Leistung des Eides jedoch nur ausspricht, es seien gewisse Thatsachen, welche seiner Ansicht nach zur Begründung der Klage genügen, als erwiesen zu betrachten.

Nichtsdestoweniger ist das Urteil im ganzen als Endurteil anzusehen.

Wenn auch bei der Frage, ob die Rechtsmittel der Berufung und Revision zulässig seien, diejenigen Teile des Urteiles, welche eine Endentscheidung und diejenigen, welche eine solche nicht enthalten, zu trennen sind und nur die ersteren der Anfechtung unterliegen, so gilt dieser Grundsatz doch nur betreffs der Entscheidung über verschiedene Ansprüche oder verschiedene Teile solcher Ansprüche, kann jedoch nicht ausgedehnt werden auf den Fall, wo es sich um eine bedingte Entscheidung über den nämlichen Anspruch handelt, mag dieselbe auch nicht in jeder Richtung als Endentscheidung sich darstellen.

Es würde große prozessuale Mißstände im Gefolge haben, wollte man bei einer solchen Entscheidung die definitiven und die nicht definitiven Elemente ausscheiden und die Zulässigkeit der Rechtsmittel sowie den Devolutiveffekt derselben auf die ersteren beschränken. Daß dies nicht der Wille des Gesetzes sei, dafür spricht insbesondere auch, daß in den Motiven des Gesetzentwurfes das bedingte Endurteil überall ganz allgemein und ohne Unterscheidung betreffs der Zulässigkeit von Rechtsmitteln dem Endurteile gleichgestellt wird, obgleich sich der Gesetzgeber bewußt sein mußte, daß zufolge der Bestimmung im §. 427 Abs. 1 C.P.O. Fälle vorkommen können, in denen die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides zum Teile nicht in erschöpfender Weise sofort festgestellt werden, sondern späterer Feststellung vorbehalten bleiben. Was insbesondere den Devolutiveffekt betrifft, so entspricht

es offenbar der Tendenz des Gesetzes, daß Ansprüche, die einmal in zulässiger Weise in die höhere Instanz gebracht sind, auch im ganzen dort zur Aburteilung zu gelangen haben, weshalb denn der Berufungsrichter selbst in Fällen, wo er die gegen ein bedingtes Endurteil eingelegte Berufung zurückweist, nach der Schlußbestimmung des §. 499 C.P.O. befugt ist, dieses Urteil selbst zu erledigen, also auch diejenigen Feststellungen der Folgen des Urteiles, welche der erste Richter späterer Entscheidung vorbehalten hatte, selbst zu geben.

Die Zulässigkeit der Revision vorausgesetzt, fragt sich weiter, ob dieselbe begründet sei. Auch das ist zu bejahen.

Der erste Richter hatte dem Kläger einen richterlichen Eid auferlegt und für den Fall der Nichtleistung dieses Eides die Klage abgewiesen, für den Fall der Leistung aber erklärt, daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis erbracht habe und die weitere Entscheidung vorbehalten.

Diese Entscheidung verkannte das Wesen des bedingten Endurteiles und die Pflichten, welche dem Richter bei Erlaß eines solchen obliegen.

In §. 427 C.P.O. ist bestimmt, daß in dem bedingten Urteile die Folgen sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen seien.

Unter diesen „Folgen" sind im Sinne des Gesetzes die Entscheidungen zu verstehen, welche auf Grund der durch Leistung oder Nichtleistung des Eides festgestellten Thatsachen zu erfolgen haben, also bei einem bedingten Endurteile, wie es der erste Richter geben wollte, die Endentscheidung über die den Gegenstand der Klage oder Widerklage bildenden Ansprüche durch Zuerkennung oder Aberkennung derselben (§. 262 C.P.O.).

Daß die erwähnte Erklärung, es sei der Beweis als erbracht zu betrachten, keine Endentscheidung sei, ist klar; sie ist im wesentlichen nichtssagend und die Sachlage dieselbe, als hätte der Richter überhaupt unterlassen, die Folgen der Leistung des Eides festzustellen.

Es kann in vorliegender Sache dahingestellt bleiben, ob es überhaupt statthaft sei, bei einem bedingten Endurteile die Folgen nur nach einer Seite hin durch Endentscheidung festzustellen, ob nicht nach der Fassung des §. 427 C.P.O. in Verbindung mit der vom Regierungskommissar bei den Beratungen der Kommission (Prot. S. 177) abgegebenen Erklärung, daß in Fällen, wo viele Folgen möglich seien,

der Richter nicht über alle zu erkennen brauche, vielmehr die ferner liegenden vorbehalten könne, anzunehmen sei, daß die Entscheidung nach beiden Richtungen hin wenigstens zum Teile eine Endentscheidung sein müsse; denn würde man auch im allgemeinen die Zulässigkeit eines solchen einseitigen bedingten Endurteiles bejahen, so wäre nichtsdestoweniger dem ersten Richter der Vorwurf einer Verletzung des §. 427 C.P.O. zu machen, da aus seinen eigenen Gründen hervorgeht, daß er im Falle der Eidesleistung alle zur Begründung der Klaganssprüche erforderlichen Thatsachen als erwiesen erachtete, also vollkommen in der Lage war, die vom Gesetze gewollte Endentscheidung zu geben.

Glaubte übrigens der Richter noch nicht in allen Beziehungen entscheiden zu können, so mochte er allenfalls, was die geforderte Entschädigung betrifft, gemäß §. 276 C.P.O. (durch den auferlegten Eid bedingt) vorab nur über den Grund des Anspruches entscheiden. Die angewendete Form des Urteiles war aber jedenfalls unstatthaft.

Was nun die angefochtene Entscheidung des Oberlandesgerichtes anbelangt, so ergiebt sich aus vorstehenden Erörterungen, daß die Berufung zulässig war, und daß durch dieselbe, da die sämtlichen Klaganssprüche Gegenstand des vom ersten Richter erlassenen bedingten Endurteiles bildeten, auch alle diese Ansprüche seiner Beurteilung devolviert waren (§. 487 C.P.O.).

Allerdings durfte es, da der Kläger eine Berufung nicht eingelegt hatte, nicht zum Nachteile desselben ändern, also z. B. nicht erklären, es sei von der Eidesauflage abzusehen und der Beweis des Klägers bereits als geführt zu erachten; allein wenn das Berufungsgericht nicht etwa von §. 501 C.P.O. Gebrauch machend sich auf einfache Aufhebung des prozessual unrichtigen Urteiles der ersten Instanz und Zurückverweisung der Sache in jene Instanz beschränken wollte, so war es ebenso berechtigt als verpflichtet, auch über diejenigen Punkte zu entscheiden, welche der erste Richter unentschieden gelassen hatte (§. 499 C.P.O.), also insbesondere die fehlerhafte Entscheidung, welche für den Fall der Leistung des Eides erlassen war, zu berichtigen. Hieran konnte es durch das Verhalten des Klägers nicht gehindert werden; erforderlichen Falles aber hatte es durch Fragstellung (§. 130 C.P.O.) zu ermitteln, ob und inwieweit der Kläger bei seinen Klaganssprüchen verharre und ihn zu veranlassen, seine bezüglichen Anträge zu formulieren.

Indem nun das Oberlandesgericht ein teilweise geändertes be-

dingtes Endurteil erließ, das an dem nämlichen Fehler leidet, welcher betreffs des erstrichterlichen Urteiles gerügt ist, hat es sich gleichfalls der bereits erörterten Gesetzesverletzung schuldig gemacht.

Es liegt übrigens ein weiterer Verstoß gegen prozessuale Rechtsnormen darin, daß das Oberlandesgericht die Sache zur weiteren Verhandlung in die erste Instanz zurückverwies, obwohl keiner der in §. 500 C.P.O. vorgesehenen Fälle vorlag.

Wäre dasselbe in der Lage gewesen, die Berufung einfach zurückweisen zu können, so würde es allerdings von seinem Ermessen abhängig gewesen sein, das bedingte Endurteil selbst zu erledigen, oder dessen Erledigung dem ersten Richter zu überlassen; nachdem es aber das erste Urteil betreffs der Eidesauflage und ihrer Folgen, wenn auch in unbedeutenden Punkten, geändert und ein neues bedingtes Endurteil gegeben hatte, war es nach der klaren Bestimmung des §. 499 C.P.O. verpflichtet, dieses Urteil selbst zu erledigen. Hierbei hätte sich dann die Notwendigkeit, auch über die vorbehaltenen Folgen der Eidesleistung zu erkennen, wiederum von selbst ergeben."...

---

134. Begriff des bedingten Endurteiles. Ist dafür die Formulierung maßgebend? Findet gegen ein Erkenntnis auf Eid, in welchem nur für die eine Eventualität der Leistung oder der Nichtleistung des Eides definitiv erkannt ist, Berufung statt? Kennt die Civilprozeßordnung, abgesehen von prozeßhindernden Einreden, auch s. g. Präjudizialeinreden?

I. Civilsenat. Urt. v. 10. Mai 1882 i. S. K. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 237/82.[1]

I. Landgericht Kottbus.
II. Kammergericht Berlin.

---

[1] Bei Erlaß dieses Urteiles war dem I. Civilsenate die unmittelbar vorher unter Nr. 133 S. 423 abgedruckte Entscheidung des II. Civilsenates noch nicht bekannt. D. E.

Die Klägerin klagt eine aus Geschäften ihres Ehemannes mit dem Beklagten herrührende, von der Konkursmasse des Ehemannes ihr überwiesene Forderung ein. Der Beklagte bestreitet die Forderung und setzt der Klage, wie es im Thatbestande des Landgerichtsurteiles, übereinstimmend mit dem vorbereitenden Schriftsatze des Beklagten, heißt, „den Präjudizialeinwand der mangelnden Passivlegitimation entgegen" mit der Begründung, die in der Klage gedachten Geschäfte habe er mit dem Ehemanne der Klägerin nicht in eigenem Namen und für eigene Rechnung, sondern lediglich in seiner Eigenschaft als Verwalter der Agentur der Gewerbebank H. S. & Co. und für deren Rechnung abgeschlossen, und der Ehemann der Klägerin habe dies gewußt. „Die Verhandlung beschränkte sich zunächst auf diesen von der Klägerin bestrittenen Punkt", und das Landgericht erkannte für Recht:

„Würde Beklagter folgenden Eid leisten:

Ich schwöre ꝛc, es ist wahr, daß ich die in der Klage ... aufgeführten Geschäfte mit dem Kaufmanne D. B. nicht für meine Person und Rechnung, sondern lediglich als Verwalter der ... Agentur der Gewerbebank H. S. & Co. und für deren Rechnung gemacht habe, daß dies dem B. sehr wohl bekannt gewesen und derselbe auch die in der Klage erwähnten Geschäfte mit mir nur als Agenten der Gewerbebank H. S. & Co. abgeschlossen hat. So wahr ꝛc

wird die Klägerin mit ihrem Antrage, den Beklagten zur Zahlung von .... zu verurteilen, abgewiesen und in die Kosten des Rechtsstreites verurteilt. Wenn Beklagter diesen Eid nicht leistet, wird die weitere Verhandlung und Entscheidung der Sache vorbehalten."

In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, dem Anspruche der Klägerin habe der Beklagte den Präjudizialeinwand der mangelnden Passivlegitimation entgegengestellt; es unterliege keinem Bedenken, daß der Beklagte aus den in der Klage erwähnten Geschäften nicht in Anspruch genommen werden könne, wenn er dieselben nur als Verwalter der Gewerbebank abgeschlossen und der andere Kontrahent davon Kenntnis gehabt habe. Es werden nun die einzelnen in Betracht kommenden Momente erwogen und wird aus diesen Erwägungen der Schluß gezogen, der Abschluß der fraglichen Geschäfte im Namen der Gewerbebank „sei aus den thatsächlichen Verhältnissen für soweit erwiesen anzunehmen, daß dem Beklagten der in der Erkenntnisformel wiedergegebene richterliche Eid habe auferlegt werden müssen". Im Falle der Leistung des

Eides stehe fest, daß der Ehemann der Klägerin die fraglichen Geschäfte nicht in eigenem Namen abgeschlossen habe, also aus denselben nicht belangt werden könne. Leiste er den Eid nicht, dann sei erwiesen, daß er in eigenem Namen abgeschlossen habe. „Es müsse dann in die Erörterung der einzelnen Ansprüche eingetreten werden. In diesem Falle sei die weitere Verhandlung und Entscheidung der Sache vorzubehalten gewesen."

Auf Berufung der Klägerin erkannte das Kammergericht dahin:

daß ... der vom Beklagten erhobene Einwand der mangelnden Passivlegitimation zu verwerfen und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst und über die Kosten an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen.

Die Entscheidungsgründe beginnen mit folgender Ausführung:

„Was zuvörderst die von Amts wegen zu erörternde Frage der Zulässigkeit der Berufung anbetrifft, so ist auf Grund des §. 276 C.P.O. anzunehmen, daß das Urteil erster Instanz nicht als bloßes Zwischenurteil, sondern als Endurteil zu erachten, indem durch den Einwand der mangelnden Passivlegitimation nur der Grund des Klaganspruches hat beseitigt werden sollen, und dementsprechend für den Fall der Leistung des dem Beklagten auferlegten Eides auf Abweisung des Klägers erkannt, dagegen für den Fall der Nichtleistung das weitere Verfahren in der Sache vorbehalten worden ist."

Es wird sodann nach Erörterung der thatsächlichen Verhältnisse ausgeführt, der Beklagte, welchem der Beweis seines Einwandes obliege, habe nicht soviel dargethan, daß ihm ein Erfüllungseid anvertraut werden könne, es sei demnach nach §. 500 Nr. 3 C.P.O. so, wie geschehen, zu erkennen gewesen.

Auf die vom Beklagten eingelegte Revision wurde dieses Urteil aufgehoben und die Berufung des Beklagten gegen das erstinstanzliche Urteil als unzulässig verworfen aus folgenden

Gründen:

„Die Revision ist zulässig. Der Berufungsrichter hat auf Grund der §§. 276. 500 Nr. 3 C.P.O. erkannt, das Erkenntnis ist mithin „in betreff der Rechtsmittel als Endurteil anzusehen".

Die Revision ist aber auch begründet; denn die Berufung gegen das Landgerichtserkenntnis war unzulässig, da das Landgerichtser-

kenntnis sich weder als Endurteil noch als ein in betreff der Rechtsmittel dem Endurteile gleichgestelltes Erkenntnis darstellt.

Allerdings kann das Endurteil ein bedingtes sein, allein als Bedingung kann es nach der positiven Bestimmung der Civilprozeßordnung keine andere prozessuale Thätigkeit als die Leistung oder Nichtleistung des Eides enthalten. Begrifflich aber kann ein bedingtes Erkenntnis nur dann ein Endurteil sein, wenn die Bedingung sich auf den Inhalt, nicht aber, wenn dasselbe sich auf die Existenz des Erkenntnisses bezieht, d. h. es muß definitiv erkannt sein sowohl für den Fall des Eintritts als auch für den Fall des Nichteintritts der Bedingung, also für den Fall der Leistung und für den Fall der Nichtleistung des Eides (wenngleich nach §. 427 C.P.O. nicht eine bis ins einzelne gehende Formulierung der Eidesfolgen erforderlich ist, sobald nur die Grundsätze festgestellt sind, nach welchen die Formulierung eventuell zu erfolgen hat). Ist dagegen nur für die eine Alternative definitiv erkannt, so liegt, bevor es sich entschieden hat, welche Alternative eintritt, nur die Möglichkeit der Entstehung eines Endurteiles, mithin noch kein Endurteil vor.

Der Richter kann auch nicht etwa dadurch, daß er einem Erkenntnisse, welches nach positiver Bestimmung oder begrifflich kein Endurteil sein kann, dadurch die Wirkung eines solchen verschaffen, daß er dem Erkenntnisse die äußere Form eines solchen Endurteiles giebt. Wäre dies möglich, so würde der Richter z. B. auch imstande sein, ein der Rechtskraft fähiges Beweisinterlokut zu schaffen.

Ein Erkenntnis, in welchem auf einen Eid erkannt, aber nur für die eine Eventualität definitiv erkannt ist, stellt sich daher mit Notwendigkeit als Zwischenurteil dar und kann als solches mit der Berufung nicht selbständig angefochten werden, sondern unterliegt erst bei der gegen das Endurteil eingewandten Berufung der Beurteilung des Berufungsrichters (§. 473 C.P.O.). Gegen die Nachteile, welche aus der Versagung der selbständigen Berufung zu befürchten wären, sichert die Bestimmung in §. 426 Abs. 2 Satz 2 C.P.O., daß die in einem Zwischenurteile erkannte Eidesleistung erst nach rechtskräftig gewordenem Endurteile zu erfolgen hat.

Eine Ausnahme findet nur da statt, wo das Gesetz ein Zwischenurteil in betreff der Rechtsmittel dem Endurteile gleichstellt. Dies ist aber nur in wenigen bestimmten Fällen geschehen, und zwar (abgesehen

von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle des §. 562 C.P.O.) nur bei Verwerfung prozeßhindernder Einreden (§. 248)[1], und wenn bei einem nach Grund und Betrag streitigen Anspruche das Gericht über den Grund vorab entschieden hat (§. 276).

Nun war aber im vorliegenden Falle ein Zwischenurteil nach §. 248 oder nach §. 276 weder nach Lage der Sache zu erlassen, noch stellt sich das landgerichtliche Erkenntnis als ein solches dar. Auf letzteres kommt es allein an; denn würde das Landgericht davon ausgegangen sein, es liege die Voraussetzung der einen oder der anderen dieser gesetzlichen Bestimmungen vor, wie dies das Berufungsgericht betreffs des §. 276 angenommen hat, so würde damit die Zulässigkeit der Berufung gegeben gewesen sein; hierfür kann nur der Inhalt des Erkenntnisses (sobald er nur ein an sich rechtlich möglicher ist), nicht aber die Frage, ob der Inhalt ein rechtlich begründeter ist, maßgebend sein.

Vorgeschützt war vom Beklagten die s. g. Einrede der mangelnden Passivlegitimation in der Richtung, daß bei Abschluß der Geschäfte, auf welche die eingeklagte Forderung zurückzuführen ist, der Beklagte nicht in eigenem Namen gehandelt habe. Auf diesen Einwand hat sich die Verhandlung zunächst beschränkt. Daß es sich nicht um eine prozeßhindernde Einrede handelt, ist nach §. 247 C.P.O. evident, und selbstverständlich ist auch das Landgericht nicht von dieser Annahme ausgegangen. Allein auch um ein Vorabentscheiden über den Grund des eingeklagten Anspruches im Sinn des §. 376 C.P.O., sodaß nach Anerkennung der Unbegründetheit des Einwandes der mangelnden Passivlegitimation die Existenz des Anspruches an sich bewiesen wäre und nur noch über den Betrag desselben zu entscheiden gewesen sein würde, handelte es sich nicht. Die Verhandlung und Entscheidung beschränkten sich vielmehr nur auf ein einzelnes Element des Grundes des Anspruches, sodaß auch nach Anerkennung des Vorhandenseins desselben noch über die übrigen Elemente des Grundes, nicht lediglich über den Betrag des Anspruches zu erkennen war.

In dieser Weise aber hat das Landgericht nach den Entscheidungsgründen das Verhältnis selbst aufgefaßt, und demgemäß hat es das Erkenntnis formuliert. Das Landgericht stützt sich nicht auf §. 276 C.P.O., sondern charakterisiert den Einwand der mangelnden Passiv-

[1] S. oben Nr. 94 S. 335. D. R.

legitimation als einen „Präjudizialeinwand" schlechthin ohne Bezugnahme auf eine Bestimmung der Civilprozeßordnung und ohne Untersuchung, ob das Gesetz diesen Begriff des Präjudizialeinwandes überhaupt kenne. Der Tenor des Erkenntnisses aber geht dahin, daß im Falle der Nichteidesleistung die weitere Verhandlung und Entscheidung der Sache vorbehalten werde. Es wird also die Verhandlung und Entscheidung über alles, worüber noch zu verhandeln und zu entscheiden ist, nicht nur über den Betrag des Anspruches vorbehalten.

Erscheint sonach die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil unzulässig, so war das Berufungsurteil aufzuheben. Es ist nun Sache des Landgerichtes weiter zu verfahren, wie rechtens, und wird, wenn nach Erlaß eines Endurteiles gegen dieses ein Rechtsmittel eingewendet werden sollte, vom Berufungsrichter nach §. 473 C.P.O. zu erkennen sein."

---

135. 1. Bezieht sich der §. 94 C.P.O. auch auf Rechtsmittel gegen solche Entscheidungen, welche lediglich den Kostenpunkt betreffen? 2. Auslegung des Wortes „eingelegt" in §. 94 C.P.O.

I. Civilsenat. Urt. v. 3. Mai 1882 i. S. V. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. I. 230/82.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Prozeß hatte, während er in erster Instanz anhängig war, seinem ursprünglichen Hauptgegenstande nach ohne Urteil seine Erledigung gefunden; das Urteil erster Instanz hatte zu seinem einzigen Inhalte die Verurteilung des Klägers in die Kosten des Rechtsstreites. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Berufung wurde auf Grund des §. 94 C.P.O. als unzulässig verworfen. Auf Revision des Klägers hob aber das Reichsgericht dieses Urteil auf und verwies die Sache an das Oberlandesgericht zurück aus folgenden

Gründen:

„Obgleich der Rechtsstreit einen vermögensrechtlichen Anspruch betrifft, war doch die Revision, insofern es sich bei derselben um die

vom Oberlandesgerichte ausgesprochene Unzulässigkeit der Berufung handelte, nach §. 509 Nr. 1 C.P.O. ohne Rücksicht darauf, ob der Wert des Beschwerdegegenstandes 1500 ℳ übersteige, für zulässig zu halten.

Auch stellte sie sich als begründet dar. Der Wortlaut des §. 94 C.P.O.:

„Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird,"

läßt die Frage mindestens offen, wie es mit der Zulässigkeit eines gegen die Entscheidung des Kostenpunktes gerichteten Rechtsmittels in solchen Fällen stehen soll, wo eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt nicht vorliegt. Schon von diesem Standpunkte aus müßte man, so lange keine für das Gegenteil sprechenden inneren Gründe ersichtlich sind, für solche Fälle Rechtsmittel für statthaft erklären, da man sich im Zweifel immer für die Zulassung der im allgemeinen in dem geltenden Prozeßsysteme anerkannten Rechtsmittel zu entscheiden hat. Es läßt sich aber sogar sagen, daß, sobald überhaupt nur noch über den Kostenpunkt zu entscheiden ist, der Gegensatz zwischen Kostenpunkt und Hauptsache ganz wegfällt, und die Kostenentscheidung zugleich die Entscheidung über die Hauptsache darstellt. Nimmt man dies an, so bleibt hier für eine Anwendung des §. 94. sogar überhaupt kein Raum mehr.

Welcher von diesen beiden Auffassungen man auch den Vorzug geben zu müssen glaubt, in jedem Falle gelangt man dazu, mit

Birkmeyer, in der mecklenburgischen Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 82 flg. und S. 320 flg.,

die freilich bisher meistens angenommene Auslegung des §. 94, wonach derselbe jedes lediglich gegen eine Kostenentscheidung gerichtete Rechtsmittel ausschlösse, zu verwerfen. Für die beschränktere Tragweite der fraglichen Gesetzesbestimmung läßt sich auch ein guter innerer Grund denken, nämlich daß innerhalb derselben Rechtssache keinesfalls einander widerstreitende Rechtsauffassungen verschiedener Instanzen bei Entscheidung der Hauptsache und des Kostenpunktes sollen zur Geltung kommen können, während andererseits die höhere Instanz ebensowenig genötigt sein soll, auf Grund derjenigen Rechtsauffassung, nach welcher von der unteren Instanz die Hauptsache beurteilt worden ist, ohne eigene Nachprüfung derselben den Kostenpunkt zu entscheiden. Dies ist in der

That auch als der legislative Grund der im §. 94 enthaltenen Bestimmung in den Begründungen der verschiedenen Vorarbeiten zur geltenden Civilprozeßordnung von dem preußischen Entwurfe von 1864 an bezeichnet worden. Es liegt aber auf der Hand, daß dieser Grund da gar nicht zutreffen würde, wo eine Entscheidung über eine vom Kostenpunkte verschiedene Hauptsache überhaupt nicht mehr zu fällen war und daher auch nicht gefällt ist. So hat denn auch der Referent der norddeutschen Civilprozeßkommission es laut Seite 1547 der Protokolle der letzteren als selbstverständlich angesehen, daß gegen ein lediglich den Kostenpunkt betreffendes Urteil die Berufung zulässig sein werde. Dem gegenüber fällt natürlich nur wenig ins Gewicht, daß in den Beratungen der Reichstagskommission laut Seite 519 der Protokolle derselben auch eine entgegengesetzte Auffassung hervorgetreten ist.

Unterstützt wird das engere Verständnis des §. 94 C.P.O. noch dadurch, daß auf diese Weise das jetzt geltende Recht mit der herrschenden Lehre des früheren gemeinen Civilprozeßrechtes in Einklang bleibt. Da dort die Prozeßkosten nicht mit in Anschlag gebracht wurden, wenn es sich darum handelte, die Höhe der Beschwerdesumme mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der Appellation zu ermitteln, so ließ man folgerichtig wegen des Kostenpunktes allein die Appellation gar nicht zu, und doch wurde die letztere dann nicht ausgeschlossen, wenn die Kosten den ausschließlichen Gegenstand des anzufechtenden Erkenntnisses bildeten und in ihrem Betrage die gesetzliche Appellationssumme erreichten.

Vgl. die Nachweisungen bei Birkmeyer a. a. O. S. 322 flg.

Freilich waren diejenigen Bestimmungen des früheren preußischen Rechtes, welche Beschränkungen der Rechtsmittel wegen des Kostenpunktes enthielten, nicht von eben derselben Beschaffenheit; aber die Civilprozeßordnung stellt sich, was die Behandlung der Kosten anlangt, in der Beziehung eben ganz auf den Standpunkt des früheren gemeinen Rechtes, daß dieselben nach §. 4 einerseits bei der Wertsberechnung unberücksichtigt bleiben, andererseits aber doch nur dann, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden, also nicht wenn sie den alleinigen Streitgegenstand bilden.

Es läßt sich nicht verkennen, daß, wenn man einmal Rechtsmittel in Fällen, wo eine von der Kostenentscheidung verschiedene Entscheidung über eine Hauptsache gar nicht vorliegt, als statthaft betrachtet, dann manche Konsequenzen dahin zu führen scheinen, solche auch da zuzu-

lassen, wo das Urteil zwar eine Entscheidung über die Hauptsache enthält, der Partei aber ein zulässiges Rechtsmittel in dieser Beziehung nicht zu Gebote steht.

Vgl. Birkmeyer a. a. O. S. 340 Anm. 36.

Anderenteils würden aber doch nicht alle Gründe, die für die hier zunächst zu entscheidende Frage maßgebend sind, auch bei dieser weiteren Folgerung zutreffen; vielmehr würden derselben erhebliche Einwendungen aus dem Wortlaute der Civilprozeßordnung entgegenstehen. Da nun doch diese beiden Fragen innerlich nicht untrennbar verbunden sind, so wird die zweite hier dahingestellt gelassen.

Eine mögliche Einwendung gegen die hier getroffene Entscheidung muß aber noch berührt werden. Der §. 94 erklärt seinem Wortlaute nach die Einlegung des Rechtsmittels gegen die in der Hauptsache ergangene Entscheidung für maßgebend. Gewöhnlich wird im Anschlusse hieran angenommen, es schade nicht, wenn nachher das Rechtsmittel teilweise, nämlich in Ansehung der Hauptsache, zurückgenommen werde; so auch Birkmeyer a. a. O. S. 344. Genauer muß man jedenfalls sagen, daß es eigentlich eine partielle Zurücknahme der Berufung oder der Revision überhaupt nicht giebt; gemeint sein kann hier nur die Einschränkung der Berufungs- oder Revisionsanträge, wie auch z. B. v. Wilmowski und Levy zu §. 94 bemerken. Es scheint aber meistens übersehen zu sein, daß vor allem eine partielle Einlegung der Berufung oder der Revision, nur den Kostenpunkt betreffend, sobald nur überhaupt eine für die Partei formell anfechtbare Entscheidung in der Hauptsache vorliegt, gar nicht vorkommen kann. Eingelegt wird die Berufung und die Revision nach den §§. 479. 515 C.P.O. immer nur im ganzen; bestimmte Anträge sind dabei nicht wesentlich, und wenn sie nach den §§. 480. 516 in den Schriftsätzen enthalten sind, so sind sie ohne Bedeutung für die Sachentscheidung; mit Wirkung werden sie erst in der mündlichen Verhandlung gestellt. Die Einlegung betrifft also in dem vorausgesetzten Falle notwendig immer auch die Entscheidung in der Hauptsache. Hieraus würde folgen, daß für die mögliche Anwendung des §. 94, wenigstens soviel die Berufung und die Revision anlangt, überhaupt nur die Fälle übrig bleiben, welche nach der hier angenommenen Ansicht gerade derselben nicht unterliegen sollen, und dies könnte als Gegengrund ins Gewicht zu fallen scheinen. Allein es kann wohl kaum bezweifelt werden, eben

weil es eine partielle Einlegung der Berufung und der Revision überhaupt nicht giebt, und weil auch nicht anzunehmen ist, daß nach dem Willen des Gesetzgebers diese Rechtsmittel in betreff der durch §. 94 geregelten Frage praktisch anders gestellt sein sollten, als die Beschwerde, daß das Wort „eingelegt" hier nur versehentlich gebraucht, und daß die Ansicht, wonach es für die Anwendung des §. 94 auf die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge nicht ankommen solle, für irrig zu halten ist, daß vielmehr der §. 94 gelesen werden muß, als ob er lautete: „wenn nicht auch die Entscheidung in der Hauptsache angefochten wird", nämlich: „durch Rechtsmittelantrag angefochten wird". Damit fällt jener scheinbare Gegengrund dahin.

Mußte hiernach die Aufhebung des vorigen Urteiles ausgesprochen werden, so konnte doch in der Sache selbst schon deshalb noch keine Entscheidung ergehen, weil über diese vor dem Oberlandesgerichte noch gar nicht verhandelt worden war; es mußte vielmehr Zurückverweisung in die vorige Instanz erfolgen."

Register.

Die beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die Seite.

A. Sachregister.

A.

Abgaben, welche für den Gewerbebetrieb entrichtet werden; inwiefern sie aufgehoben sind . 90

Ablieferungsort.
S. „Kauf".

Absonderungsrecht der Gläubiger. S. „Konkurs".

Abtretung der Güter; nach welchem Rechte der Anspruch auf Kompetenz bei zeitlich kollidierenden Gesetzen zu bestimmen ist 147

Abweisung angebrachtermaßen; inwiefern die Formel nach der Civilprozeßordnung zulässig ist; Revisionsgrund 356

Acceptant.
S. „Wechsel".

Actio communi dividundo in Bezug auf ererbte Sachen; ob sie dadurch bedingt ist, daß schon eine Erbschaftsteilung stattgefunden hat 80

— **negatoria;** inwiefern sie auch wegen übermäßigen Lärmes im Nachbarhause und auch für die Schadensfrage begründet ist 217

— **redhibitoria** beim Genuskauf 189

— — in Ansehung eines Teiles des Kaufobjektes; Einfluß der Unteilbarkeit der Gegenleistung 268

— — im Falle des Unterganges der Sache infolge eines schon zur Zeit der Übergabe vorhanden gewesenen Fehlers; Beweislast 302. 305

Actio Pauliana; Anfechtung von Geschäften, geschlossen zur Verkürzung von Gläubigern; Hingabe an Zahlungsstatt . . . 44

Adoption; Zweck und Wirkung; väterliche Gewalt . . . 173

Adoptivkinder; Erbrecht an dem Vermögen ihres Adoptivvaters; väterliche Gewalt . 171. 173

Agnaten (Lehns-); Erwerbung von Rechten durch Verjährung; Eintragung der agnatischen Rechte 271

Akkord.
S. „Konkurs".

Aktiengesellschaft; Abänderung des Gesellschaftsvertrages durch Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung; Verlängerung der Zeitdauer. 120

— Stellung des Aktionärs zur Gesellschaft; Verschiedenheit der Persönlichkeit; Kompensation der Forderung aus der Zeichnung mit Gegenforderungen des Aktionärs im Falle des Konkurses der Gesellschaft 69

— französische; Befugnis derselben, in Elsaß-Lothringen vor Gericht zu stehen; Verbot des Geschäftsbetriebes. 134

Amortisationsrente; inwiefern ihre

Dinglichkeit von der Eintragung abhängig ist; Vermerk der Rentenpflichtigkeit des betr. Grundstückes 292
Anatozismus; begründet durch den Vertrag, wonach die Zinsen jährlich zum Kapital geschlagen und wieder verzinst werden sollen (franz. Recht) 325
Anerkenntnisvertrag; dessen rechtliche Wirksamkeit und Gültigkeit 229
Anfechtung einer Rechtshandlung des Schuldners außerhalb des Konkurses in dem Falle, wenn der Schuldner einen Gläubiger durch Hingabe an Zahlungsstatt befriedigt; actio Pauliana . 44
— ob eine freiwillige Pfandbestellung als „unentgeltliche Verfügung" anzusehen; entgeltliche Verträge 85
— ob eine Veräußerung, welche gegen §. 288 St.G.B. verstößt, auch ein civilrechtlich unwirksames Geschäft ist . 169
— von Rechtshandlungen im Konkurse; Sicherstellung einer Forderung mittels Pfandrechtes; ob die Begünstigung eines Gläubigers durch bloßes passives Verhalten des Gemeinschuldners geschehen kann 367
— der Verteilung der Kaufgelder durch nachträgliche Klage gegen den unberechtigten Empfänger seitens des Gläubigers; insbesondere wenn derselbe im Kaufgelderbelegungstermine nicht erschienen ist oder die zur Einklagung gestellte Frist versäumt hat 313
S. „Kauf".
Angabe an Zahlungsstatt; Anfechtungsgrund außerhalb des Konkurses vermittels der actio Pauliana 44
Angebrachtermaßen; Abweisung im Urteile.
S. „Abweisung".
Annahme an Kindesstatt.
S. „Adoption".
Anschaffung; Bedeutung für den Begriff des Handelsgeschäftes; Pachtung eines Steinbruches zur Gewinnung von Steinen . 9
Anwalt.
S. „Rechtsanwalt".
Arbitrator; Verschiedenheit vom Schiedsrichter; richterliche Hilfe gegen den Ausspruch . . 201
Armenrecht; ob die Zulassung des Klägers zum Armenrechte den vermöglichen Beklagten von der Verbindlichkeit zur Kostenzahlung befreit 418
Arrest; Vollstreckung desselben; inwiefern die Vollstreckung von der Zustellung des Arrestbeschlusses an den Schuldner abhängt 388
Arrestbeschluß.
S. „Arrest".
Assignation 238
Auftrag.
S. „Kommission".
Augsburgische Konfessionsverwandte 233
Ausland; Begriff in Ansehung der deutschen Bundesstaaten zu einander 156
— Konkurseröffnung im Auslande; Einfluß auf das Vermögen und auf Klagen im Inlande . 400
— Vollstreckbarkeit englischer Urteile in Deutschland; Beweislast; Retorsion 373
— Versicherungsgesellschaften (französische); Geschäftsbetrieb in Elsaß-Lothringen 134
— Zahlung aus dem Auslande in Deutschland; Münzwährung; Umrechnung der Silberwährung in Goldwährung . . . 125

Ausländer; Prozeßfähigkeit ausländischer physischer und juristischer Personen im Inlande 139
Ausländisches Recht; Beweiserbringung für die Retorsion; Beweislast 374
— Revisibilität, wenn das zu beurteilende Rechtsverhältnis von Rechtsnormen des Auslandes beherrscht wird 412
Auslegung eines Vertrages; inwiefern die Revision darauf gegründet werden kann . . 412
Autorrecht.
S. „Urheberrecht".

B.

Bauen; Verletzung von polizeilichen Sicherungsmaßregeln; Begriff solcher Maßregeln . 261
Beamte (Staats-), Landes- und Reichsbeamte; Anstellung; Beeidigung 107
— Zuständigkeit der Gerichte für die Entscheidung über vermögensrechtliche Ansprüche derselben gegen den Staat; insbesondere darüber, ob ein Reichsbeamter früher im Dienste eines Bundesstaates gestanden hat . . 106
Bebauungsplan; Feststellung von Fluchtlinien für die Anlegung von Straßen; ob die angeordneten Bebauungspläne schon mit der behördlichen Feststellung oder erst mit der amtlichen Veröffentlichung in Wirksamkeit treten und ob unter den in dem preuß. Gesetze vom 2. Juli 1875 benannten „neuen Fluchtlinien" nur die auf Grund dieses Gesetzes vorgeschriebenen Fluchtlinien zu verstehen sind 295
Bedingtes Urteil:
S. „Urteil".
Beglaubigung.
S. „Zustellung".
Belegung der Kaufgelder.
S. „Subhastation".
Beneficium competentiae; nach welchem Rechte es im Falle der Kollision der Gesetze zu bestimmen ist; persönliches Recht 147
— **excussionis s. ordinis;** Begriff der Anwesenheit des Bürgen und der Abwesenheit des Hauptschuldners nach heutiger Verkehrsauffassung. . . 154
Berufung; Berechtigung der Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz; Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches 57
— ob die Revision gegen ein Urteil des Berufungsrichters zulässig ist, durch welches die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen ist 335
Beschlagnahme einer Forderung durch eine preußische, zur Zwangsvollstreckung berechtigte Verwaltungsbehörde gegen einen außerhalb Preußens domizilierten Drittschuldner 230
Beschwerde; Form der Einlegung im Falle Ablehnung des Antrages auf Beiordnung eines Rechtsanwaltes 392
— über den Kostenpunkt; ob dafür auch die Vorschrift des §. 94 C.P.O. und zwar auch für den Fall gilt, wo die Beschwerde zugleich die Hauptsache betrifft, in letzterer Beziehung aber unzulässig ist 339
— gegen einen Beschluß, in welchem die Kostenfestsetzung abgelehnt wird; ob sie eine sofortige oder gewöhnliche Beschwerde ist 390
— weitere; inwiefern die Vorschrift des §. 531 Abs. 2 C.P.O. auch

auf die Beschwerde im Falle der §§. 4. 16 des Gerichtskostengesetzes Anwendung findet; neuer selbständiger Beschwerdegrund 409
S. „Kosten".

Beschwerdegrund; neuer, selbständiger.
S. „Beschwerde".

Bevollmächtigter; inwiefern derjenige, welcher als solcher — aber ohne Vollmacht — handelt, zum Schadensersatze verpflichtet ist 259
— Interessen-Kollision . . 17
S. „Handlungsbevollmächtigter"; „Stellvertretung".

Beweis; Ablehnung des angebotenen Beweises; Beweiswürdigung; Revisionsgrund . . . 197
— Aufnahme in Abwesenheit der Partei in dem Falle, wenn letztere von dem Termine nicht benachrichtigt worden ist; Revisionsgrund 351
— durch Handelsbücher unter dem Einflusse der freien Beweiswürdigung nach dem System der Civilprozeßordnung . . 345
— Würdigung des Beweises in Ansehung der Existenz und Höhe des Schadens . . 198. 356. 357
— Würdigung des Beweises; Begründung im Urteile; Revisionsgrund 170
S. „Prozeß".

Beweislast im Falle der Einrede des Beklagten, daß der Kläger nicht sein Gesellschafter, sondern sein Handlungsbevollmächtigter sei 79
— bei streitigem Teilungsmaßstabe des Reingewinnes einer Gelegenheitsgesellschaft, falls der Kläger ausdrückliche Vereinbarung behauptet, der Beklagte diese Behauptung unter selbständiger Angabe bestreitet 79

Beweislast für die Retorsion in Beziehung auf die Vollstreckbarkeit von Urteilen 374
— inwiefern die Revision auf Verletzung der Grundsätze über die Beweislast gestützt werden kann 412
— bei der Redhibition, wenn der Untergang der Sache in einem von dem Geber zu vertretenden Fehler seinen Grund hat 303. 305
S. „Prozeß".

Briefkasten.
S. „Zustellung".

Bürgschaft; Begriff von „Anwesenheit" und „Abwesenheit" für die Vorausklage, beneficium ordinis 154

C.

Cessibilität eines von Gegenleistungen abhängigen Forderungsrechtes; Voraussetzung für die Pfändung durch Überweisung 237. 377

Cession; inwiefern dem Cessionar einer rechtskräftigen Forderung gegenüber der Schuldner mit einer Forderung an den Cedenten kompensieren kann? . . 277
— der Güter (cessio bonorum); nach welchem Rechte — bei zeitlicher Kollision der Gesetze — die Rechtswohlthat der Kompetenz zu bestimmen ist . . . 147
— der Priorität einer Hypothekenforderung; rechtliche Natur und Wirkung für die davon betroffenen Posten 307

Commis intéressé . . . 80
— inwiefern in der Stellung als Kommis der Betrieb eines eigenen Gewerbes, mit der Wirkung der Aufhebung der väterlichen Gewalt, zu finden ist 265

Constitutum mit der rechtlichen Wirkung eines Anerkenntnisvertrages; Handelsgeschäft; Form 229. 230
Courtage des Maklers; wann der Anspruch darauf begründet ist. 187. 188
Culpa in contrahendo; Hausſohn; Verpflichtung zum Schadensersatze 260

D.

Datio in solutum.
S. „Angabe an Zahlungsstatt".
Dienst (Staats-); Begriff; Anstellung; Beeidigung; Rechtsweg für Ansprüche 107
Diensteinkommen der Beamten für Bundesstaat und Reich; Begründung des Anspruches nach der Zeit 107
Dienstzeit der Beamten im Bundesstaate und Reich; Berechnung 107
Differenz.
S. „Kauf".
Dinglichkeit der Amortisationsrente; inwiefern sie von der Eintragung abhängig ist . . 292
Distanzgeschäft; Voraussetzungen für den handelsrechtlichen Begriff 60
Domizilwechsel.
S. „Wechsel".
Dramatisches Werk.
S. „Urheberrecht".

E.

Ehefrau; Handlungsfähigkeit (Bad. Recht) 394
S. „Ehescheidung"; „Güterrecht".
Ehelente; Succession aus einem korrespektiven Testamente; Widerruf 98
Ehemann; Haftung für die Schulden der Ehefrau . . . 319
Eheliches Güterrecht.
S. „Güterrecht".
Ehescheidung; Revisibilität bezüglich faktischer Voraussetzungen; Erfordernisse der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens; Einreden, welche eine Trennung von Tisch und Bett begründen würden; Wirkung der Klagabweisung auf Grund solcher Einreden 149
— inwiefern der Vormund einer wahnsinnigen Ehefrau dazu berechtigt 157
— Voraussetzung für die Zulässigkeit der Trennung von Tisch u. Bett 369
Ehestreitigkeit; inwiefern mit dem Verfahren der Anspruch auf die Erziehung der ehelichen Kinder verbunden werden kann . 369
Ehevertrag; Auslegung; Einfluß auf das Güter- und Gläubigerrecht 319
Eid; ob der Eid eines sachverständigen Zeugen gleichzeitig den Sachverständigeneid deckt, und ob ein Urteil, welches auf dem Gutachten eines Sachverständigen beruht, der nur als Zeuge vereidigt ist, nichtig ist . . . 3. 337
Eigentum; Schutz desselben durch die actio negatoria . . 217
Eingepfarrte; ob Reformierte, welche ihren Wohnsitz innerhalb des Bezirkes einer nach Einführung der Union ohne ausschließliche Beziehung zu einem der beiden Bekenntnisse der Augsburgischen Konfessionsverwandten gegründeten Kirchengemeinde genommen haben, als Mitglieder der letzteren zu den Parochiallasten verpflichtet sind . 233
Einkindschaft; ob die Kinder einer früheren Ehe durch die Einkindschaft ein durch letztwillige Ver-

fügung des Stiefparens nicht zu beschränkendes Erbrecht erhalten 163
Einrede; des nicht erfüllten Vertrages; ob die Erfüllung noch in der Berufungsinstanz angeboten werden kann . . . 332
— der Vorausklage bei Abwesenheit des Bürgen; Abwesenheit des Hauptschuldners . . 154
— präjudizielle; inwiefern die Civilprozeßordnung solche kennt 427
— prozeßhindernde; der Unzulässigkeit des Rechtsweges; inwiefern sie auch in zweiter Instanz geltend gemacht werden kann; Endurteil; Rechtsmittel . . 336
— —; daß die zur Erneuerung des Rechtsstreites erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei 359
Eisenbahnbetrieb.
S. „Haftpflicht".
Eisenbahnbetriebsreglement.
S. „Tarif".
Eisenbahnfrachtvertrag; Einfluß eines Druckfehlers im Tarife in Ansehung des Frachtsatzes; Vertragsschluß 100
Elsaß-Lothringen; Geschäftsbetrieb französischer Versicherungsgesellschaften 134
Empfangen der Ware; handelsrechtlicher Begriff . . . 61
Endurteil; Begriff . . . 336
England; Vollstreckbarkeit englischer Urteile in Deutschland . 374
Enteignung; Entschädigung wegen Verlegung eines öffentlichen Weges 159
Erbpachtsgerechtigkeit; Erwerb durch Verjährung; Fortsetzung der Verjährung nach Erlaß des preuß. Gesetzes vom 2. März 1850 241
Erbrecht (Intestat-) der Adoptivkinder und ihrer Descendenten an dem Nachlasse ihres Adoptivvaters 171
— der Kinder aus einer früheren Ehe durch die Einkindschaft 163
Erbschaft; Antritt; Erwerb; gestio pro herede (gem. R.) . 144
— Miteigentum der Erben; Teilungsklage; ob sie durch eine vorgängige Erbschaftsteilung bedingt ist (gem. R.) 180
Erfüllung; Klage auf Erfüllung eines doppelseitigen Vertrages; Einrede der Nichterfüllung 332
Erfüllungsort; Kollision des örtlichen Rechtes; Anwendung des Rechtes auf Zahlungen . 130
Erlaß; Begünstigung eines einzelnen Gläubigers beim Zwangs- und Privatakkorde 227
— Form als Handelsgeschäft 230
Errungenschaft; ob die von dem Ehemanne vermöge eines ihm vermachten Nießbrauches gezogenen Nutzungen oder nur die von diesen Nutzungen gezogenen Nutzungen dazu gehören . . 208
Ersitzung einer Erbpachtsgerechtigkeit; inwiefern sie durch das preuß. Gesetz vom 2. März 1850 beeinflußt wird . . . 241
— ob dem Fiskus gegenüber die ordentliche Ersitzung von Servituten ausgeschlossen ist. 202
Erwerb; Redlichkeit; Begriff; Einfluß der Fahrlässigkeit . . 16
— Einfluß der öffentlichen Bekanntmachung des Verlustes . 86
Exceptio doli generalis. 333
— redhibitoria 269
S. „Einrede".
Expropriation.
S. „Enteignung".

F.

Fahrlässigkeit; Einfluß auf die Redlichkeit beim Handelskaufe 17
Falsus procurator; Haftung für Schadensersatz aus dem abgeschlossenen Geschäfte 214. 259
Firma; Begründung der Klage gegen die Firma eines Einzelkaufmannes, wenn der Inhaber, mit welchem kontrahiert war, verstorben ist; Zustellung . 98
Feststellungsklage; Erfordernis eines als bestehend oder nicht bestehend festzustellenden Rechtsverhältnisses für die Feststellungsklage 385
— wie weit die Rechtskraft im Falle der Abweisung einer negativen Feststellungsklage reicht 385
— gegen den Ehemann, betreffend dessen Verpflichtung, die Exekution in das Vermögen der Ehefrau wegen einer von derselben kontrahierten Schuld zu gestatten 393
Fiskus; inwiefern dem Fiskus gegenüber die ordentliche Ersitzung von Servituten ausgeschlossen ist 202
Fluchtlinie für Anlegung von Straßen in Städten; Bebauungsplan.
S. „Bebauungsplan".
Forderung.
S. „Überweisung".
Form der Verträge über unbewegliche Sachen; Ungültigkeit wegen Formmangels; Wirkung beiderseitiger Erfüllung . . . 316
S. „Handelsgeschäft"; „Kompensationsvertrag".
Frachtvertrag (Eisenbahn-); Einfluß auf den Vertragsschluß, wenn im Tarife infolge eines Druckfehlers der betreffende Tarifsatz zu hoch angegeben ist; Vertragsschluß 100
Frachtvertrag; inwiefern ein Schleppvertrag ein Frachtvertrag ist 99
Französische Aktiengesellschaft; Befugnis derselben, in Elsaß-Lothringen vor Gericht zu stehen; Geschäftsbetrieb . . . 134
Fraudulosität; Anfechtung einer Veräußerung; strafrechtliches Verbot; dessen civilrechtlicher Einfluß 169
S. „Anfechtung".
„Frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle"; Bedeutung der Klausel 115
S. „Anfechtung".
Futterkosten; Pflicht zur Erstattung 268. 269

G.

Geldobligation; Erfüllung; Umrechnung der Silberwährung in Goldwährung nach deutschem Münzgesetze 125
Gelegenheitsgesellschaft.
S. „Gesellschaft".
Genehmigung, nachträgliche.
S. „Geschäftsführung".
Generalversammlung.
S. „Aktiengesellschaft".
Genossenschaft; Unterbrechung der Verjährung gegen einen ausgeschiedenen Genossenschafter durch Rechtshandlungen gegen die fortbestehende Genossenschaft, bezw. gegen die Liquidatoren der aufgelösten Genossenschaft oder die Konkursmasse 33
Genuskauf.
S. „Kauf".
Gericht.
S. „Zuständigkeit".
Gerichtskosten.
S. „Kosten".
Gerichtspraxis; inwiefern dadurch ein Gewohnheitsrecht begründet wird 226

Gerichtsstand der unerlaubten Handlung; ob derselbe auch gegen den begründet ist, der die Handlung nicht selbst beging, sondern nur für die Folgen civilrechtlich haftet 383

Geschäft, gewagtes; Anfechtung des Vertrages, wenn zur Zeit der Abschließung beiden Teilen unbekannt war, daß das als Hoffnung Verkaufte schon vorhanden war 289

Geschäftsführung ohne Auftrag; nachträgliche Genehmigung; Wirkung für die Rechnungslegung; vorbehaltlose Quittungsleistung 305

Gesellschaft (Gelegenheits-); gemeinsame Pachtung eines Steinbruches zur Gewinnung von Steinen; ob darin ein Handelsgeschäft enthalten ist . . . 8

— Behauptung des Beklagten, daß Kläger nicht Gelegenheitsgesellschafter, sondern Handlungsbevollmächtigter sei; Einrede oder Negation; Beweislast für diesen Fall und bei divergierenden Angaben über den Teilungsmodus 79

S. „Aktiengesellschaft"; „Handelsgesellschaft".

Geständnis; außergerichtliches; inwiefern es als Beweismittel anzusehen 197. 372

Gestio pro herede; ob sie darin liegt, daß der Delat einem persönlichen Gläubiger Befriedigung aus der ihm angefallenen Erbschaft anbietet 143

Gewagtes Geschäft.

S. „Geschäft".

Gewährleistung.

S. „Redhibition".

Gewalt, väterliche; inwiefern ein Hausſohn demjenigen, mit welchem er ohne väterlichen Konsens kontrahiert hat, verhaftet ist . 259

S. „Adoption".

Gewerbebetrieb; inwiefern Abgaben für denselben aufgehoben sind 90

Gewerbefreiheit; Befreiung des Gewerbebetriebes von Abgaben 90

Gewerkschaft; Rechtsverhältnis einer schon vor Einführung des allgemeinen Berggesetzes bestandenen Gewerkschaft 281

Gewohnheitsrecht; inwiefern solches durch Gerichtspraxis begründet wird 226

Goldwährung; Zahlung; Umrechnung der Silberwährung nach deutschem Münzgesetze . 125

Grundbuch; Eintragung der Rentenpflichtigkeit infolge der Ablösung von Reallasten (preuß. R.) 293

— Unkenntnis einer in dem Grundbuche eingetragenen Verfügung; Verschulden durch unterlassene Einsicht 301

Grundgerechtigkeit; Aufhebung durch stillschweigende Einwilligung in die Vornahme eines Baues 255

Grundstück; Form der Verträge 317

Güterabtretung (cessio bonorum) 147

Gütergemeinschaft.

S. Güterrecht.

Güterrecht, eheliches; nach welchem Orte es sich bestimmt; spätere Veränderung des Wohnsitzes 394

— Einfluß der Veränderung des Wohnsitzes 223

— inwiefern durch Gerichtspraxis Gewohnheitsrecht begründet wird 226

— Gütergemeinschaft; Auflösung durch den Tod; Einfluß eines Ehevertrages (rhein. R.) 319

— — Ausschließung; Bekanntmachung beim Wechsel des Domizils, wenn sowohl der Ort des ersten Wohnsitzes als der Ort, an welchen der Sitz verlegt wird, in demselben örtlichen Regierungsbezirke gelegen sind . . 239

Güterrecht; Gütergemeinschaft; Kollision der Gesetze; Veränderung des Domizils; Einfluß auf die Güterrechte 394
— — Haftung des Ehemannes für Schulden der Ehefrau; Auslegung von Erbverträgen; Klausel der Schuldensonderung (rhein. R.) 319
Gutachten des Patentamtes als Dienstobliegenheit und unter den Diensteid gestellt; Verhältnis zu den Vorschriften der Civilprozeßordnung über Vernehmung von Sachverständigen . . . 337
— Leistung des Zeugen- statt Sachverständigeneides; Einfluß auf die Beweisfrage 3

H.

Hälfte; Verletzung über die Hälfte; Anfechtung eines öffentlichen Verkaufes 152
Haftpflicht; Eisenbahnbetrieb; Begriff; Beladen stillstehender Eisenbahnwagen auf einer Zwischenstation; Kausalzusammenhang zwischen dem Betriebe und dem Unfalle 37. 39
— ob die Vorschrift, wonach die Gewerbeunternehmer zur Unterhaltung gefahrabwendender Einrichtungen verpflichtet sind (§. 120 Abs. 3 der Novelle vom 17. Juli 1878 zur Gewerbeordnung), ein Polizeigesetz im Sinne des §. 26 P. A.L.R. I. 6 ist . . . 62
— Kausalzusammenhang zwischen dem hervorgetretenen körperlichen Schaden und der vorhergegangenen Verletzung; Feststellung durch Gutachten von Sachverständigen; körperliche Disposition des Verletzten zu dem Schaden 1
Handelsbücher; deren Beweiskraft gegenüber der freien richterlichen Beweiswürdigung der Civilprozeßordnung 345
Handelsgeschäft; Anerkenntnisvertrag; Erlaß; Form . . 230
— inwiefern die Pachtung eines Steinbruches zum Zwecke der Veräußerung der zu gewinnenden Steine ein Handelsgeschäft ist 4. 9
Handelsgesellschaft.
S. „Gesellschaft".
Handlung; unerlaubte oder die Ehrbarkeit verletzende . . . 227
Handlungsbevollmächtigter oder Gelegenheitsgesellschafter; Beweislast 79. 84
Handlungsfähigkeit der Ehefrau; Beschränkung durch die Rechte des Ehemannes (Bad. R.) 394
— des großjährigen Haussohnes 259
Haussohn; großjähriger; Handlungsfähigkeit; Haftung aus Geschäften ohne väterlichen Konsens 259
Hinterpommersches Lehngut; Befugnis des Besitzers zu dauernder Servitutbelastung . . . 271
Hoffnungskauf; Einfluß des Umstandes, daß zur Zeit des Vertragsschlusses beiden Teilen unbekannt gewesen, daß das als Hoffnung Verkaufte schon vorhanden war 289
Hypothek; Abtretung des Vorzugsrechtes; Wirkung für die davon betroffenen Posten . . . 307
— ob die freiwillig bestellte Hypothek eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des §. 3 Nr. 3 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 darstellt 85
— (Gesammt-); ob dieselbe auf den mitverhafteten Grundstücken erlischt, wenn das Vorzugsrecht derselben nachstehenden Gläubigern des einen Grundstückes abgetreten

ist und die Cessionare bei der Subhastation dieses Grundstückes auf Grund der Abtretung den Betrag der Post aus den Kaufgeldern gehoben haben . 307

Hypothekenbuch.
S. „Grundbuch".

J.

Inhaberpapier; Vindikation; Redlichkeit des Besitzers; Einfluß der öffentlichen Bekanntmachung 17. 86

Inkassovollmacht der Reisenden, insbesondere der sog. Stadtreisenden; Handlungsbevollmächtigte 83

Instanz; Grenzen der Berufungsinstanz; Verweisung in die erste Instanz durch den Berufungsrichter 57. 423
S. „Einrede, prozeßhindernde".

Interesse; Kollision desselben bei der Vollmacht . . . 16. 17
— Höhe im Falle des Schadensanspruches durch rechtswidrige Handlung; äußerste Grenze der Höhe (gem. R.) . . . 203

Interpretation.
S. „Auslegung".

Intestaterbrecht der Adoptivkinder und ihrer Descentenden an dem Nachlasse ihres Adoptivvaters 171

Juristische Person, ausländische; Prozeßfähigkeit im Inlande 139

K.

Kauf; Distanzgeschäft; Übersendung; Empfangen der Ware; Begriff 60
— Genuskauf; inwiefern bei der Lieferung fehlerhafter Ware der Käufer zur redhibitorischen Klage berechtigt ist; Verzug . . 189
— auf Hoffnung; Einfluß des Umstandes, wenn beiden Kontrahenten bei dem Vertragsschlusse bekannt gewesen ist, daß das als Hoffnung Verkaufte schon vorhanden war 289
— Vermittelung durch Makler; wann der Anspruch auf Courtage begründet ist . . 187. 188
— inwiefern die Überlassung des Rechtes zur Gewinnung von Mineralien (Steinbruch) als Kauf oder Pacht anzusehen ist und ein Handelsgeschäft darstellt . . 4
— öffentlicher; Anfechtung wegen Verletzung über die Hälfte 152
— Redhibition im Falle des Unterganges der Sache infolge eines bereits bei der Übergabe vorhandenen Fehlers (Viehkauf); Beweispflicht 303
— Redhibition in Ansehung der Fehlerhaftigkeit eines Teiles des Kaufobjektes 268
— Schadensersatz wegen Nichterfüllung; Deckung vor Ablauf der Nachfrist; Zeitpunkt der Schadensberechnung 58
— Berechnung des s. g. abstrakten Schadens nach dem Marktpreise des Ablieferungsortes — benachbarte Orte 26. 28
— Verzug des Verkäufers; abstrakte Schadensberechnung (Differenz) 26
— von Waren und Inhaberpapieren; Redlichkeit des Erwerbes; Einfluß der Fahrlässigkeit . 17

Kaufgelderbelegung.
S. „Subhastation".

Kaufmann (Einzel-); Succession in die Verbindlichkeiten der Firma; Begründung der Klage, wenn der Inhaber verstorben ist 98

Kausalzusammenhang; freie richterliche Würdigung bei der Schadensfrage 356
S. „Haftpflicht".

Kirchengemeinde; evangelische; unierte; Parochiallasten . 233

Klage.
S. „actio"; „Feststellungsklage"; „Kaufmann"; „Redhibition".
Klausel: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle" 115
Kollision der Gesetze, örtliche; in Ansehung der Gütergemeinschaft; Veränderung des Domizils; Einfluß auf das eheliche Güterrecht (Statuten) . . . 224. 394
— im Wechselrechte bezüglich der Verjährung des Anspruches gegen den Acceptanten eines domizilierten Wechsels 24
— für Zahlungen; Ort der Erfüllung 130
— zeitliche; ob die Rechtswohlthat der Kompetenz bei der cessio bonorum nach der Reichskonkursordnung oder nach älterem Rechte zu bestimmen ist . . . 147
— der Interessen bei der Vollmacht . . . . . 16. 17.
Kommission; Ein- und Verkauf; Zeitpunkt für die Erklärung über den Eintritt als Selbstkontrahent und ob der Eintritt noch im Prozesse geschehen kann in dem Falle, wenn die Kommission durch Abschlüsse mit Dritten thatsächlich ausgeführt ist . . . 46. 53
— Untersagung des Eintrittes als Selbstkontrahent; Verpflichtung des Kommissionärs zur Rechenschaftslegung; Handeln des Kommissionärs gegen den Willen des Kommittenten und Pflicht desselben, der Vorschrift des Kommittenten gemäß zu verfahren; Wahl des Kommissionärs, die Kommission durch Abschluß mit dem Dritten oder durch Eintritt als Selbstkontrahent auszuführen 49 flg.
Kommissionär.
S. „Kommission".
Kommittent.
S. „Kommission".
Kompensation zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft im Konkurse der letzteren . . . 69
— gegen eine abgetretene rechtskräftige Forderung mit einem Anspruche gegen den Cedenten 277
— der Gerichtskosten; wer der Gerichtskasse gegenüber Schuldner ist, wenn die Prozeßkosten im Urteile gegeneinander aufgehoben sind 398
—s-Einrede; inwiefern darüber durch Zwischenurteil entschieden werden kann 420
—s-Vertrag; rechtliche Natur; inwiefern derselbe die Schriftform verlangt (preuß. Recht) . 253
Konkurs; Akkord; Bewilligung besonderer Vorteile; inwiefern die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen analogisch auf ein Abkommen außerhalb des Konkurses angewendet werden können 227
— Stellung der Gläubiger mit abgesondertem Befriedigungsrechte; Stellung zum Zwangsvergleiche 66
— Anfechtung einer Cession von Mietzinsen seitens des Gemeinschuldners durch den Verwalter 109
— Anfechtung einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners; Sicherstellung einer Forderung mittels Pfandrechtes 367
— Einfluß des Konkurses über das Vermögen eines Ausländers im Auslande auf das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen; inwiefern gegen denselben bei einem deutschen Gerichte Klage erhoben werden kann 400
— Kompensation zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft im Konkurse der letzteren . . 69

Konkurs; Einfluß der Reichskonkursordnung auf die Rechte aus der nach älterem Rechte erfolgten Güterabtretung 147
— Zahlungseinstellung; Begriff 95
— — Feststellung des Zeitpunktes 110
Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst 12
Korreal-Hypothek.
S. „Hypothek".
Korrespektives Testament.
S. „Testament".
Kosten; inwiefern der Grundsatz, daß wegen des Kostenpunktes allein die Berufung nicht statthaft sei, auch für das Verfahren in Patentsachen gilt . . 340
— inwiefern die Beschwerde über den Kostenpunkt zulässig ist, wenn die Beschwerde zugleich die Hauptsache und den Kostenpunkt betrifft, in ersterer Beziehung aber unzulässig ist 339
— Beschwerde, weitere, in Kostensachen; inwiefern die Vorschrift des §. 531 Abs. 2 C.P.O. Anwendung findet 409
— inwiefern gegen den die Kostenfestsetzung ablehnenden Beschluß die Beschwerde zulässig ist 390
— inwiefern ein Rechtsmittel zulässig ist gegen Entscheidungen, welche lediglich den Kostenpunkt betreffen; Begriff von „einlegen" (§. 94 C.P.O.) 432
— wer dem Staate gegenüber Schuldner der Gerichtskosten ist, wenn durch Endurteil die Prozeßkosten gegen einander aufgehoben sind 398
— der Streitverkündung; worin die Kosten bestehen 390
—**-Vorschuß**; ob der Beklagte dazu verpflichtet ist, wenn er in der höheren Instanz als Antragsteller — Berufungs- oder Revisionskläger — auftritt . . . 418
S. „Beschwerde"; „Einrede".
Kumulation von Klagansprüchen mit dem Verfahren in Ehesachen; ob der Anspruch auf die Erziehung der Kinder damit verbunden werden kann 369

L.

Ladung; inwiefern für die von dem Gerichtsschreiber anzufertigenden Ladungen der Zeugen Schreibgebühren zu berechnen sind 354
— des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht; Erfordernis des Schriftsatzes; ob die Parteien in der Revisionsschrift nach Namen genannt werden müssen und ob bei der Ladung selbst das Reichsgericht angegeben werden muß 349
Lehngut; Erwerb einer Servitut durch Verjährung gegen dasselbe; Belastung eines hinterpommerschen Lehngutes mit Servituten; Unterlassung der Eintragung der agnatischen Rechte . . . 271
Leinpfad; Bestimmung desselben; Benutzung desselben als Weg — Notweg — 324
Lieferung.
S. „Kauf".
Liquidation der Genossenschaft; Unterbrechung der Verjährung zu Gunsten des ausgeschiedenen Genossenschafters durch Rechtshandlungen gegen die Liquidatoren 33
Litisdenunziation.
S. „Streitverkündung".
Lotterielos; Gegenstand des Kaufes; Hoffnungskauf 290

M.

Makler; wann der Anspruch auf Courtage begründet ist; Mitwir-

kung bei dem Vertragsabschlusse 187. 188
Markenschutz; Individualität des Warenzeichens; Gesichtspunkte für die Frage: ob ein unbefugter Gebrauch eines Warenzeichens vorliegt; ob eine Buße auch vom Civilrichter zugesprochen werden kann 75
Marktpreis.
S. „Kauf".
Mehrheitsbeschluß.
S. „Aktiengesellschaft".
Mietvertrag; Vorauszahlung des Zinses; Anfechtung seitens der Konkursgläubiger und Hypothekengläubiger, wenn der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses eine zur Konkursmasse gehörige Sache vermietet und dem Mieter übergeben, dann aber die Mietzinsen einem Dritten cediert hat 109
Militärdienstzeit; Berechnung bei der Pensionierung der Offiziere mit Rücksicht auf partikulare Gesetzesvorschriften . . . 39
Militärpersonen; Pensionierung der Offiziere; Berechnung der Dienstzeit mit Rücksicht auf partikulare Gesetzesvorschriften . . . 39
Mineralien; Gewinnung; Gegenstand eines Handelsgeschäftes; Pachtung eines Steinbruches 4
Miteigentum; Klage auf Teilung bei dem Miteigentum durch Erbschaft; ob sie durch die vorgängige Erbschaftsteilung bedingt ist 180
Mühlenbetrieb; Abgaben für denselben; inwieweit diese Abgaben aufgehoben sind . . . 90
Mündliche Verhandlung; Wechsel der Richter.
S. „Prozeß".
Münzgesetz, deutsches; Zahlungen eines Ausländers in Deutschland; Umrechnung der Silberwährung in die Goldwährung . . 125

N.

Negatorische Klage.
S. „Actio negatoria".
Negotiorum gestio; in Beziehung auf die Verwaltung des Vermögens; Ratihabition; Wirkung 305
Nichtiges Rechtsgeschäft; strafrechtliches Verbot; dessen civilrechtliche Wirkung . . . 170
Nießbrauch; testamentarisch vermacht; Früchte desselben; Errungenschaftsgemeinschaft . 208
Notbedarf; Rechtswohlthat; Einfluß der Änderung der Gesetzgebung für den Konkurs . 147
Notwendiger Verkauf.
S. „Subhastation".

O.

Obligation zwischen zwei verschiedenen Personen durch einen von dem Vertreter der einen Person mit sich selbst als Vertreter der anderen Person abgeschlossenen Vertrag; Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst . 11
— Sitz der Obligation für den Akt der Zahlung . . . 131
— Sitz der Wechselobligation, wenn der Wechsel domiziliert worden ist 24
Öffentlicher Weg.
S. „Enteignung".
Offizier; Berechnung der Militärdienstzeit bei der Pensionierung mit Rücksicht auf partikulare Gesetzesvorschriften . . . 39
Ort der Erfüllung und Zahlung; Anwendung des Rechtes bei örtlicher Kollision . . 24. 130
S. „Kauf".

P.

Pachtung eines Steinbruches; inwiefern darin ein Handelsgeschäft und ein Kauf der zu brechenden Steine enthalten ist . . 4
Pachtvertrag; Anfechtung einer Cession oder Vorauszahlung des Pachtzinses seitens der Hypotheken- und Konkursgläubiger durch den Verwalter . . 109
Parochiallast.
S. „Reformierte".
Partikularrecht.
S. „Revisibilität".
Patentamt als Sachverständigenbehörde; inwiefern auf die Gutachten desselben die Vorschriften der Civilprozeßordnung über die Vernehmung von Sachverständigen anzuwenden . . . 338
Patentsache; ob die Berufung wegen des Kostenpunktes allein statthaft ist 340
Pensionierung der Offiziere; Berechnung und Beginn der Dienstzeit; Einfluß des partikularen Rechtes 39
— der Reichsbeamten; Einfluß des Dienstes in einem Bundesstaate 107
Personen, ausländische juristische; Prozeßfähigkeit im Inlande 139
Pfändung in Forderungen; Voraussetzung der Cessibilität 378
— Begründung des Pfandrechtes; Überweisung zur Einziehung, welche von dem Gläubiger des Erben auf ein Kapital erwirkt ist, auf welche der Testator ein Summenvermächtnis angewiesen hat 236
Pfandbestellung, freiwillige; ob sie im Sinne des Anfechtungsgesetzes eine unentgeltliche Verfügung darstellt 85
Pfandrecht.
S. „Pfändung".
Pflichtteilsrecht der eingekindschafteten Kinder 163
— ob es ein Erbrecht gegen das Testament oder nur ein Forderungsrecht auf ein Quantum gewährt 247
Polizei; Maßregeln derselben zur Abwendung von Gefahren beim Bauen; Begriff solcher polizeilichen Maßregeln . . . 261
Polizeibehörde.
S. „Rechtsweg".
Polizeigesetz; Begriff; ob darunter die Vorschrift des §. 120 Abs. 3 der Novelle vom 17. Juli 1878 zur Gewerbeordnung fällt 62
Präjudizialeinrede; inwiefern die Civilprozeßordnung solche Einrede kennt 427
Priorität; Cession derselben; Wirkung für die davon betroffenen Posten 307
Produktion (Selbst); Bedeutung für den Begriff von Handelsgeschäft; Pachtung eines Steinbruches 9
Pro herede gestio.
S. „Gestio pro herede".
Prokura; Einfluß des Todes des Prinzipals; Klagebegründung nach dem Tode des Inhabers 98
Prozeß; Armenrecht; Wirkung 418
— Stellung des Berufungsgerichtes, an welches die Sache nach Aufhebung seines frühern Urteiles zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen ist 374
— Beweisaufnahme in Abwesenheit der Partei in dem Falle, wenn die Partei von dem Termine nicht benachrichtigt worden ist; Revisionsgrund . . 351
— Beweiswürdigung; Begründung

im Urteile; Mangel an Gründen; Revisionsgrund; wann ein solcher Mangel an Gründen anzunehmen 170. 171
S. „Schade".
Prozeß; Nichtberücksichtigung eines angetretenen Beweises; Revisionsgrund; insbesondere bei Schadensfeststellung 197
— Einrede, prozeßhindernde; die Unzulässigkeit des Rechtsweges; inwiefern gegen ein Berufungsurteil, durch welches die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen wird, die Revision zulässig ist 335
— Ladung an das Revisionsgericht; Erfordernis für den Schriftsatz bei Einlegung der Revision 349
— Schriftsatz; mangelhafte Bezeichnung der Parteien, insbesondere in der Revisionsinstanz; welchen Einfluß sie hat . . 349
— Thatbestand; Mangel des Thatbestandes; Bezugnahme auf die Schriftsätze; Revisionsgrund 350
— Teilurteil; Zulässigkeit des Erlasses 57
— Urteil, bedingtes; Form und Wirkung; Erschöpfung der Alternativen für Leistung und Nichtleistung des Eides . 423. 427
— Verbindung von Prozessen; Einfluß auf die Berechnung der Revisionssumme 416
— Vollstreckbarkeit englischer Urteile in Deutschland; Retorsion; Beweislast 374
— Wechsel der Mitglieder bei der mündlichen Verhandlung; Urteilsfällung durch diejenigen Richter, welche der Schlußverhandlung beigewohnt haben . . 194. 372
— Zurückverweisung in die Instanz; unter welcher Voraussetzung der Berufungsrichter dazu befugt ist 57. 423
Prozeß; Zwischenurteil; ob dasselbe über eine Kompensationseinrede erlassen werden kann . . 420
S. „Beweis".
Prozeßfähigkeit ausländischer juristischer Personen im Inlande 139
Prozeßkostenerstattung.
S. „Einrede, prozeßhindernde".
Publizität des Grundbuches; Wirkung der Eintragung für die Thatsache der Wissenschaft . . 301

R.

Ratihabition bei der negotiorum gestio und Verwaltung fremden Vermögens; Wirkung . . 305
Rechnungslegung bei der Verwaltung ohne Auftrag nach erfolgter nachträglicher Genehmigung; Wirkung 305
Rechtsanwalt; Ablehnung des Antrages auf Beiordnung; Form der Beschwerde . . . 392
Rechtsgeschäft; welche civilrechtliche Wirkung ein strafrechtliches Verbot hat 170
Rechtskraft der Endurteile der Oberlandesgerichte mit Rücksicht auf §§. 508. 509 Nr. 1 C.P.O. 380
— des eine negative Feststellungsklage abweisenden Urteiles 385
— rückwirkende Kraft der Vorschrift der Civilprozeßordnung über die Rechtskraft . . 415
Rechtsmittel über den Kostenpunkt.
S. „Kostenpunkt".
— Zurücknahme der Revision; Abfassung des Versäumnisurteiles, wenn der Revisionskläger nicht erschienen ist 364
S. „Berufung"; „Kosten"; „Revision".
Rechtsweg; Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, prozeßhindernd; Endurteil; Rechtsmittel 336. 381

Rechtsweg; gegen Verfügungen der Polizei im Falle der Überschreitung der Amtsbefugnis; Straßenrecht (gem. Recht) 204
— über die Frage, ob ein Reichsbeamter früher im Dienste eines Bundesstaates gestanden hat; unter welchen Voraussetzungen solches anzunehmen . . 105
Rechtswohlthat der Güterabtretung und der Kompetenz; Kollision der Gesetze 147
Redhibition; ob bei dem Genuskaufe der Käufer dazu berechtigt ist, wenn die fehlerhafte Ware geliefert worden . . . 189
— bei Fehlerhaftigkeit eines Teiles des Kaufobjektes . . . 268
— für den Fall, wenn der Untergang der Sache durch einen vom Geber zu vertretenden Fehler herbeigeführt ist; Beweislast 303
Redlichkeit des Erwerbes; Begriff; Einfluß der Fahrlässigkeit . 17
— Einfluß der öffentlichen Bekanntmachung des Verlustes 86
Reformierte, welche ihren Wohnsitz innerhalb des Bezirkes einer nach Einführung der Union ohne ausschließliche Beziehung zu einem der beiden Bekenntnisse der Augsburgischen Konfessionsverwandten gegründeten Kirchengemeinde genommen haben, inwiefern sie als Mitglieder der letzteren zu den Parochiallasten verpflichtet sind 233
Reichsbeamte; Begriff; Anstellung; Beeidigung; Zuständigkeit der Gerichte für die Entscheidung über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Staat . . . 106
Reisender (Stadt-); Berechtigung zum Inkasso 83
Rentenbank; Amortisationsrente; deren Dinglichkeit; ob letztere durch die Eintragung bedingt ist 293
Rentenpflichtigkeit; Eintragung des Vermerkes für Begründung der Dinglichkeit der Amortisationsrente 293
Retorsion für die Urteilsvollstreckung; englische Urteile 374
Revisibilität betreffs der die Ehescheidung begründenden und qualifizierenden thatsächlichen Momente 51
— des französischen Rechtes; unter welcher Voraussetzung sie anzunehmen 413
— des fremden Rechtes . 89
— eines Rechtssatzes, welchen der Berufungsrichter aus einer partikularrechtlichen Norm mit Zuhilfenahme allgemeiner Rechtsprinzipien abgeleitet hat . 393
Revision; Stellung des Berufungsrichters, an welchen die Sache zurückverwiesen ist . . . 374
— inwiefern sie gegen ein Urteil zulässig ist, durch welches der Berufungsrichter die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen hat 335
— inwiefern eine Beschwerde gegen das Verfahren des Landgerichtes mit Umgehung des Berufungsgerichtes in der Revisionsinstanz zulässig ist . . . 194. 372
— Verpflichtung des Beklagten zur Leistung des Kostenvorschusses, wenn er in höherer Instanz als Berufungs- oder Revisionskläger als Antragsteller auftritt . 41
— Zurücknahme; Abfassung des Versäumnisurteiles beim Nichterscheinen des Revisionsklägers 364
— inwiefern sie auf Verletzung der Grundsätze von der Beweislast gegründet werden kann 412
— inwiefern sie auf Verletzung von Rechtsgrundsätzen bei Auslegung eines Vertrages gegründet werden kann, wenn das zu beurteilende

Rechtsverhältnis von ausländischen Rechtsnormen beherrscht wird 412
S. „Ehescheidung".
Revisionsgrund; Mangel an Thatbestand 350
S. „Beweis"; „Prozeß".
Revisionssumme; Berechnung bei der Verbindung mehrerer Prozesse 416
Richter; Wechsel derselben in der mündlichen Verhandlung; Einfluß 194. 372
Rückwirkende Kraft der civilrechtlichen Vorschrift von der Rechtskraft 415

S.

Sache; Teilbarkeit; Einfluß für die Rehhibition 269
— unbewegliche; inwiefern sie Gegenstand eines Handelsgeschäftes sein kann (Steinbruch) 9
Sachverständigeneid; inwiefern er durch den Zeugeneid gedeckt wird 3. 337
S. „Eid"; „Patentamt".
Schade; freie richterliche Würdigung für die Frage über die Entstehung des Schadens und über den Kausalzusammenhang 198. 356. 357
S. „Interesse"; „Kauf".
Schadensersatz; ob derselbe mit der actio negatoria gefordert werden kann 217
— falsus procurator; Pflicht zum Schadensersatze . 214. 259
— wegen Verletzung eines Polizeigesetzes, welches auf Schadensverhütung beim Bauen gerichtet ist 261
Schenkung unter Lebenden; Form; Insinuation; inwiefern in dem Zwecke, durch die Schenkung ein Steuergesetz zu umgehen, ein Nichtigkeitsgrund liegt . 181
Schiedsmann (arbitrator); verschieden von Schiedsrichter; richterliche Hilfe gegen dessen Ausspruch 201
Schiff-Schleppvertrag; inwiefern er ein Frachtvertrag ist . . 99
Schleppvertrag (Schiff-); inwiefern er ein Frachtvertrag ist . 99
Schreibgebühren; inwiefern für die von dem Gerichtsschreiber anzufertigenden Ladungen der Zeugen Schreibgebühren zu berechnen sind 354
Schriftsatz; Ladung vor das Revisionsgericht; wie diesem Erfordernisse in dem Schriftsatze entsprochen wird 349
— Bezugnahme auf die Schriftsätze im Thatbestande . . . 350
— Bezeichnung der Parteien; der Erben; Einfluß für die Revisionsinstanz 349
Seegefahr; Verpflichtung des Spediteurs zur Versicherung gegen Seegefahr 115
Seeversicherung; Pflicht des Spediteurs dazu 115
Selbstproduktion; Einfluß für den Begriff von Handelsgeschäft; Steinbruch 9
Servitutbelastung hinterpommerscher Lehngüter . . . 271
Servituten; Erwerb durch die ordentliche Ersitzung dem Fiskus gegenüber 202
— Erwerb gegen ein Lehngut; Richtung der Besitzhandlungen; hinterpommersches Lehngut 271
Sicherheitsmaßregel, polizeiliche; Verletzung; Pflicht zum Schadensersatze 261
Silberwährung; Umrechnung in Goldwährung nach deutschem Münzgesetze 125
Sitz der civilrechtlichen Obligation für den Akt der Zahlung 131
— der Obligation aus einem domizilierten Wechsel für die Zah-

lung und Verjährung gegen den Acceptanten 24

Spediteur.
S. „Speditionsgeschäft".

Speditionsgeschäft; Unterlassung der Versicherung gegen Seegefahr; Verantwortlichkeit des Spediteurs 115

Spielgemeinschaft; Hoffnungskauf; Lotterielos; Kenntnis der Verwirklichung der Hoffnung; Einfluß 290

Staatsbeamte; Begriff; Anstellung; Beeidigung 107

Staatsdienst; Begriff für Bundesstaat und Reich; vermögensrechtlicher Anspruch; Rechtsweg für denselben 107

Stadtreisender; inwiefern er zum Inkasso berechtigt ist . . 83

Statuten; Abänderung derselben durch die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft bezüglich der Zeitdauer 120
S. „Kollision der Gesetze".

Steinbruch; Überlassung des Rechtes zur Gewinnung von Steinen; Pacht oder Kauf? . . . 4
— inwiefern die Pachtung zum Zwecke der Veräußerung der zu gewinnenden Steine ein Handelsgeschäft ist 4

Stellvertretung; inwiefern der Stellvertreter eines Anderen in dieser Eigenschaft mit sich selbst als Stellvertreter eines Dritten einen Vertrag schließen kann 11flg.
— ohne Vollmachtsbefugnis; falsus procurator; Verpflichtung zum Schadensersatze . . . 214

Steuergesetz; Verträge zur Umgehung desselben; Anfechtung; Nichtigkeit 181

Stiefvater.
S. „Einkindschaft".

Strafrechtlich verbotenes Rechtsgeschäft; Einfluß für die civilrechtliche Wirksamkeit . . 170

Straßenbau; Wirksamkeit der Bebauungspläne; Fluchtlinie; Begriff von „neuen Fluchtlinien" 295

Straßenrecht; Benutzung des Trottoirs; Zulässigkeit des Rechtsweges 205

Streitverkündung; Form des Beitrittes des Streitverkündeten zum Prozesse 390
— Kosten der Streitverkündung; worin sie bestehen . . . 390

Subhastation; Belegung und Verteilung der Kaufgelder; Verabsäumung der Liquidation in dem Kaufgelderbelegungstermine; Anfechtung der Verteilung durch besondere Klage 303
S. „Kauf"; „Versteigerung".

Succession in die Verbindlichkeiten eines vorstorbenen Einzelkaufmannes; Übergang der Firma; Begründung der Klage gegen den Nachfolger 98

T.

Tarif (Eisenbahn-); Druckfehler: Einfluß auf den Vertragsschluß; lex contractus; Interpretation des Betriebsreglements . . 101

Teilbarkeit; Einfluß für die Redhibition 268

Teilungsklage; in Bezug auf ererbte Sachen; ob sie dadurch bedingt ist, daß schon eine Erbteilung stattgefunden hat . 180

Teilurteil; Voraussetzung der Zulässigkeit 57

Testament, korrespektives; Antritt der Erbschaft auf Grund des Testamentes; einseitiger Widerruf 174

Thatbestand; Mangel an Thatbestand; Bezugnahme auf Schriftsätze 350

Thatfrage bezüglich des Empfanges der Ware und der Berechtigung dazu 61
— bezüglich der die Ehescheidung begründenden und qualifizierenden Handlungen 150
Tisch und Bett; Zulässigkeit der Trennung von 369
Trottoir; Benutzung . . 205

U.

Übersendung der Ware; Begriff für die Existenz eines Distanzgeschäftes 60
Überweisung einer Forderung zur Einziehung; Zwangsvollstreckung; Pfändung . . . 236. 377
Unbewegliche Sache.
S. „Sache".
Unentgeltliche Verfügung.
S. „Verfügung".
Unerlaubte Handlung; ob sie in der Begünstigung eines Gläubigers bei einem Privatakkorde enthalten ist 227
Union.
S. „Eingepfarrte".
Untersagungsrecht; Anwendung des §. 43 Preuß. A.L.R. I. 22 auf Untersagungsrechte . . 255
Urheberrecht; unbefugte Aufführung eines dramatischen Werkes; Schadensersatzpflicht . . 28
Urteil ausländischer (englischer) Gerichte; Vollstreckbarkeit im Inlande; Beweispflicht; Retorsion 373
— bedingtes; ob in dem Falle, wenn der Richter nur für eine der beiden Alternativen eine Entscheidung giebt, das Urteil im ganzen und von beiden Parteien angefochten werden kann; Form 423. 427
— Mangel an Gründen für den Fall, daß für eine bestimmte Beweisannahme keine Gründe angegeben sind; wann ein solcher Mangel vorhanden . 170. 171
Urteil; ob dasselbe, wenn es auf dem Gutachten eines Sachverständigen beruht, der nur als Zeuge vereidet ist, der Vernichtung unterliegt 3. 337
— Voraussetzung der Zulässigkeit eines Teilurteiles . . . 57
S. „Prozeß"; „Thatbestand".

V.

Väterliche Gewalt; Einfluß der Adoption 173
— Aufhebung durch den Betrieb eines eigenen Gewerbes; Stellung als Commis 265
— Ergänzung der Handlungsfähigkeit des majorennen Haussohnes 259
Veräußerung.
S. „Anfechtung".
Verbindung mehrerer Prozesse; Einfluß auf die Berechnung der Revisionssumme . . . 416
Verfügung, einstweilige; inwiefern das Berufungsgericht zur Entscheidung auf einen betreffenden Antrag auch nach Verkündung des Urteiles zuständig ist 414
— unentgeltliche im Sinne des Anfechtungsgesetzes; freiwillig bestellte Hypothek 85
Verjährung; ist materiellen Rechtens und daher nach dem örtlichen Rechte der Obligation zu beurteilen 25
S. „Wechsel".
— erlöschende; zu Gunsten eines ausgeschiedenen Genossenschafters durch Rechtshandlungen gegen die Genossenschaft, resp. deren Liquidatoren oder die Konkursmasse 33
— erwerbende; ordentliche; von Servituten dem Fiskus gegenüber 202
— — einer Erbpachtsgerechtigkeit;

ob der Besitzer die vor dem Jahre 1850 begonnene Ersitzung derselben nach Erlaß des preuß. Gesetzes vom 2. März 1850 fortsetzen kann 241
Verletzung über die Hälfte; Anfechtung eines öffentlichen Verkaufes 152
Versäumnisurteil; Abfassung bei der Zurücknahme der Revision im Fall des Nichterscheinens des Revisionsklägers . . . 364
Verschuldung; Einfluß auf die Redlichkeit des Erwerbes beim Handelskaufe 17
— inwiefern in der unterlassenen Einsicht des Grundbuches eine Verschuldung liegt . . . 301
Versicherung (Feuer-); doppelte Versicherung; Schadensersatz; Polizeibestimmung über die Verpflichtung zur Anzeige bereits bestehender Versicherung (gem. R.) 177
— außergerichtliche Anerkennung der Schadensliquidation durch den Inspektor der Gesellschaft; Versicherungssumme und Versicherungswert; Abschätzung und Anfechtung der Taxe; Schiedsspruch; Zinsenanspruch 190
— gegen Seegefahr; Pflicht des Spediteurs; Klausel: „frei von Beschädigung außer im Strandungsfalle“ 115
Versicherungsgesellschaften, ausländische; Geschäftsbetrieb im Reichslande, insbesondere französischer in Elsaß-Lothringen 134
Versteigerung, öffentliche; Verletzung über die Hälfte . 152
Vertrag; Einrede der Nichterfüllung; ob die Erfüllung noch in der Berufungsinstanz angeboten werden kann 332
— Ungültigkeit wegen Formmangels 316
Vertrag; unerlaubt und die Ehrbarkeit verletzend 227
Vertragsschluß; Differenz in der Willenserklärung in quantitativer Beziehung 101
— zwischen zwei verschiedenen Personen durch einen von dem Vertreter der einen Person mit sich selbst als Vertreter der anderen Person abgeschlossenen Vertrag 11
Vertretung; Kontrahieren mit sich selbst 11
S. „Bevollmächtigter“; „Vollmacht“.
Verwaltung ohne Auftrag; nachträgliche Genehmigung seitens des Geschäftsherrn; Rechnungslegung 305
Verweisung in die Instanz durch den Berufungsrichter; Berechtigung 57. 423
Verzug; Einfluß auf die Zahlung von Zinsen 317
S. „Kauf“.
Verzugszinsen aus Verträgen, welche an Formmangel leiden 317
— während des Kollationsverfahrens; inwiefern sie zulässig sind (rhein. R.) . . . 330
Viehkauf; Redhibition wegen einer schon bei der Übergabe vorhandenen Krankheit . . 268. 303
Vindikation von Inhaberpapieren; Redlichkeit des Erwerbes; Einfluß der öffentlichen Bekanntmachung des Verlustes 17. 86
Vollmacht; wer ohne solche als Bevollmächtigter handelt; Pflicht zum Schadensersatze . . 214
— Kollision der Interessen 16. 17
Vollmachtsvertrag und Verwaltungsvertrag; gemeinschaftlicher Charakter 307
Vollstreckbarkeit englischer Urteile in Deutschland; Retorsion 374
Vorausklage; Voraussetzung; Be-

griff von Anwesenheit des Bürgen und Abwesenheit des Hauptschuldners 154
Vormund; inwiefern der Vormund einer wahnsinnigen Ehefrau für dieselbe auf Ehescheidung klagen kann 157
Verwaltungsbehörde.
S. „Beschlagnahme".
Vorzugsrecht, hypothekarisches; Abtretung; Wirkung für die davon betroffenen Posten . . 307

W.

Währung; Umrechnung der Silberwährung in die Goldwährung nach deutschem Münzgesetze 125
Wandelungsklage.
S. „actio redhibitoria".
Warenzeichen.
S. „Markenschutz".
Wechsel; Sitz der Obligation aus einem domizilierten Wechsel für die Zahlung und Verjährung gegen den Acceptanten . . 24
Weg, öffentlicher; Gemeingebrauch; Aufhebung desselben infolge der Enteignung; Anspruch auf Entschädigung 159
Wegerecht; Gestattung eines Notweges; possessorischer Schutz des Besitzes; Voraussetzung der Gestattung eines Notweges . 323
Widerruf korrespektiver Testamente 174
Wiedereinsetzung in den früheren Stand; von welchem Zeitpunkte die zweiwöchige Frist läuft 341
Würdigung; freie, des Richters für die Frage über die Existenz des Schadens und den Kausalzusammenhang . . 198. 356. 357

Z.

Zahlung; Geldobligation; vom Auslande im Inlande; Umrechnung; örtliche Kollision der Gesetze 125. 130
Zahlungseinstellung; Begriff 95
— Zeitpunkt des Eintrittes 110
Zahlungsstatt (Angabe an); Anfechtungsgrund außerhalb des Konkurses 44
Zeichnung.
S. „Aktiengesellschaft".
Zeugen; deren Ladung; inwiefern von dem Gerichtsschreiber Schreibgebühren zu berechnen sind 354
S. „Eid".
Zeugeneid; inwiefern er den Sachverständigeneid deckt . 3. 337
Zinsen; Anatozismus; ob eine Stipulation gültig ist, wonach die jährlichen Zinsen dem Kapitale zugeschlagen und wieder verzinst werden sollen (rhein. R.) 325
— während des Kollationsverfahrens; inwiefern sie zulässig sind (rhein. R.) 330
— Unbeschränktheit der vertragsmäßigen Stipulation; Zinseszinsen 329
— Abrede bei Versicherungen; inwiefern dieselbe rechtswirksam 191. 198
— (**Verzugs-**) . . . 317. 330
Zurücknahme des Rechtsmittels; Abfassung eines Versäumnisurteiles auf den Antrag des Revisionsbeklagten, wenn der Revisionskläger, der das Rechtsmittel zurückgenommen hat, nicht erschienen ist 364
Zurückverweisung in die Instanz durch den Berufungsrichter 57. 423
Zuständigkeit.
S. „Rechtsweg".
Zustellung des Arrestbeschlusses; ob sie Vorbedingung für die Arrestvollstreckung ist 388
— Begriff; Einwerfen des zuzustellenden Schriftstückes in den

Briefkasten des betreffenden Anwaltes; inwiefern es die Zustellung ersetzen kann . . . 341

Zustellung; Beglaubigung durch den Zustellungsbeamten; Mangel der Beglaubigung; durch den Anwalt; Form; inwiefern sie in anderer Weise ersetzt werden kann 362

— an eine Firma; Tod des Inhabers 98

Zustellungsurkunde; insofern sie nicht dem wirklichen Vorgange entspricht 342

Zwangsakkord.
S. „Konkurs".

Zwangsvergleich.
S. „Konkurs".

Zwangsvollstreckung; Beschlagnahme durch eine Verwaltungsbehörde 230

— Überweisung zur Einziehung 236. 377

Zwischenstation.
S. „Haftpflicht".

Zwischenurteil; wie kann über den Grund einer Kompensationseinrede vorab entschieden werden 420

B. Gesetzesregister.

1. Reichsrecht.

a. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 49 . . . 83
Art. 55 . . . 215
Art. 127 . . . 36
Artt. 146 flg. . 35
Art. 209 Nr. 10. 11 121
Art. 214 . . . 121
Art. 215 . . . 122
Art. 248 . . . 122
Art. 266 . . 5. 8. 79
Art. 268 . . . 79
Art. 269 . . . 5
Art. 271 Nr. 1 8
Art. 273 Abs. 2 . 8
Art. 275 . . . 8
Art. 305 . . . 22
Artt. 306. 307 17. 86
Art. 317 . . . 230
Art. 347 . . . 60
Art. 355b . . 58
Art. 357 Abs. 3 26
Art. 361 . . . 53
Art. 367 Abs. 2 115
Artt. 376. 377 46. 51
Art. 380 . . . 115
Art. 387 . . . 115
Art. 406 . . . 100
Artt. 855 flg. . 116

b. Allgemeine Deutsche Wechselordnung.

Art. 74 . . . 22
Art. 77 . . . 24
Art. 95 . . . 216

c. Strafgesetz für das Deutsche Reich.

§. 259 . . 22. 170
§. 288 . . . 169
§. 359 . . . 107
§. 367 Nr. 14 . 261

d. Deutsche Civilprozeßordnung.

§. 5 416
§. 24 401
§. 32 384
§§. 50. 51 . . 138
§. 53 140
§§. 56. 57 . . 416
§. 74 392
§. 88 399
§. 94 . . 339. 340
§. 99 390
§. 107 . . . 420
§§. 111. 114 . 419. 420
§. 121 Nr. 1 . 349
§. 130 358. 359. 426
§§. 136. 138 . 416
§§. 156 flg. 170. 178 . . 342. 361
§. 173 . . . 362
§. 201 Abs. 1 . 344
§. 212 . . . 344
§. 213 Abs. 2 . 343
§. 231 . 385. 397
§. 235 Nr. 2 . 214
§. 239 . . . 221
§. 247 Nr. 2 . 336
Nr. 5 . 359
§. 259 170. 197. 347
§. 260 . 198. 356
§. 262 . . . 425
§. 265 . . . 374
§. 267. . 194. 364
§§. 275. 276 . 421. 424. 426. 429. 431
§. 280 . 193. 372
§. 284 Nr. 3 . 350

§. 293 . 386. 415
§. 296 . . . 366
§. 313 Nr. 1 . 194
§. 332 . . . 351
§. 342 . . . 354
§. 375 . . . 3
§§. 425. 427 . 424
§. 476 . . . 367
§. 487 . . . 426
§. 490 . . . 336
§. 499. 57. 376. 425
§. 500 Nr. 3 . 57. 336. 427. 429
§. 501 . 194. 426
§§. 507. 508. 509 335. 380. 416. 433
§. 511. 89. 135. 198. 413
§. 512 . . . 198
§. 513 Nr. 7 . 138. 170. 196
§. 515 . 342. 349
§. 520 . 364. 367
§. 524 . . . 194
§. 525 . . . 395
§. 528 . 348. 376
§. 531 340. 390. 409
§. 532 . . . 393
§. 540 . . . 320
§. 575 . . . 370
§. 661 . . . 374
§. 671 . . . 388
§. 709 . . . 238
§. 726 . . . 379
§. 737 . . . 377
§§. 743. 746. 754 379
§§. 802. 808. 810. . . . 388
§§. 816. 821 . 414

e. Einführungsgesetz zur Deutschen Civilprozeßordnung.

§. 13 . . 339. 345

f. Deutsche Konkursordnung.

§§. 2. 3 . . . 112
§. 17 114
§. 23 Nr. 1 45. 110
Nr. 2 . 367
§§. 24. 25 . . 85
§. 26 110
§. 39 111
§. 52 112
§. 57 67
§. 152 . . . 147
§. 178 . . . 68
§§. 207. 208 . 401

g. Einführungsgesetz zur Deutschen Konkursordnung.

§. 4 147

h. Deutsches Gerichtskostengesetz.

§§. 4. 16. 410. 411
§§. 47 Nr. 1. 79. 80 354
§§. 84. 89. 90 . 398
§§. 86. 87. 93. 94 Nr. 1 . . 419

i. Deutsche Rechtsanwaltsordnung.

§. 35 . . . 392

k. Einzelne Reichsgesetze und Verordnungen.

1867. 14. November. Gesetz betr. die vertragsmäßigen Zinsen (B.G.Bl. S. 159). §. 4 329
1868. 4. Juli. Gesetz betr. die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- u. s. w. Genossenschaften (B.G.Bl. S. 415).
— — §. 12 Abs. 1 . . . 34
— — §§. 20. 21 16
— — §. 34 35
— — §. 51 Abs. 5 . . . 34
— — §§. 3. 64 35
1869. 21. Juni. Gewerbeordnung (B.G.Bl. S. 245).
— — §. 7 Nr. 6 . . . 90
— — §. 27 218
— — §. 107 (120) . . 62
1870. 8. Juni. Eisenbahnpolizeireglement. §. 72 . . 108
1870. 10. Juni. Eisenbahnbetriebsreglement.
— — §. 52 Abs. 1 . . 100
1870. 11. Juni. Gesetz betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen ꝛc (B.G.Bl. S. 339) 29
1871. 16. April. Verfassung des Deutschen Reichs (B.G.Bl. S. 63).
— — Art. 3 156
— — Art. 6 42
1871. 7. Juni. Gesetz betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe der Eisenbahnen ꝛc herbeigeführten Tötungen ꝛc (B.G.Bl. S. 207).
— — §. 1 37

1871. 27. Juni. Gesetz betr. die Pensionierung und Versorgung der Militärpersonen des Reichsheeres ꝛc (R.G.Bl. S. 275).
— — §. 18 42
— — §. 19 41
— — §. 45 42
— — §. 46 90
— — §§. 113—116 . . 89
1873. 31. März. Gesetz betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (R.G.Bl. S. 61).
— — §. 46 . . . . 41. 106
— — §§. 70. 71 . . . 107
— — §§. 149. 150.-155 . 108
1873. 9. Juli. Münzgesetz (R.G.Bl. S. 233).
— — §. 14 125
1874. 30. November. Gesetz über den Markenschutz (R.G.Bl. S. 143).
— — §. 5 Ziff. 2 . . . 78
— — §. 16 78
1877. 25. Mai. Patentgesetz (R.G.Bl. S. 501).
— — §§. 14. 15. 29. 30 341
— — §. 18 337
1879. 21. Juli. Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (R.G.Bl. S. 277).
— — §. 3 Nr. 1 . . . 45
— — — Nr. 3 . . . 85
1879. 28. September. Kaiserliche Verordnung betr. die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (R.G.Bl. S. 299).
— — §. 2 413
1881. 29. Juni. Gesetz betr. Abänderung der Bestimmungen des Gerichtskostengesetzes (R.G.Bl. S. 178).
— — Art. 2 (§§. 80a. 80b.) 354

2. Gemeines Recht.

a. Institutionen.

L. 2 Tit. 19 de her. qual. §. 7 146

b. Pandekten.

L. 1 Tit. 7 de adopt. l. 27. . 172
„ 2 „ 14 de pactis l. 1. §. 2 13
„ 4 „ 8 de recept. l. 32. §§. 15. 18. 19. l. 46 . 202
„ 5 „ 2 de inoff. test. l. 8. §. 9 252
„ 7 „ 1 de usufr. l. 9. §§. 2. 3. l. 13. §. 5 . . 6
„ 7 „ 3 quando dies ususfr. l. 1. pr. 210
„ 8 „ 2 de servit. praed. urb. l. 29 222
„ 8 „ 5 si servitus vind. l. 4. §. 2 221
l. 10 202
l. 17. §. 5 . . 222
L. 10 Tit. 2 fam. ercisc. l. 20. §. 4. l. 44. pr. . . 180
„ 17 „ 2 pro socio l. 34 . 180
„ 22 „ 1 de usuris et fruct. l. 19. §. 1 221
„ 23 „ 3 de jure dot. l. 7. §. 2 210
„ 24 „ 2 de divortiis l. 4 158
„ 24 „ 3 sol. matr. l. 7. §. 13. l. 8 6
„ 24 „ 3 soluto matr. l. 22. §. 7 158
„ 26 „ 7 de adm. et peric. tut. l. 9. §§. 5. 7 . . 16. 17
„ 26 „ 8 de auct. et cons. tutor. l. 3. §. 4 . . . 15
„ 27 „ 10 de curator. l. 7 . 158
„ 29 „ 2 de acq. v. omitt. her. l. 20 pr. . . . 146
„ 36 „ 2 quando dies leg. l. 10. l. 12 201

L. 38 Tit. 1 de operis l. 30 . 201
„ 39 „ 3 de aqua et aquae pl. l. 1 202
„ 45 „ 1 de verb. oblig. l. 38. §. 18. l. 99 . . 32
„ — „ 19 de itinere priv. l. 5. § 3 202
„ 46 „ 3 de solut. l. 12. §. 4 306
„ 50 „ 12 de pollic. l. 3. pr. 13
„ 50 „ 16 de verb. sig. l. 28. pr. 275
l. 24. l. 39. §. 1 252
77 6
l. 173. l. 199 . 155
„ 50 „ 17 de reg. jur. l. 62 252
l. 79 32

c. Codex.

L. 3 Tit. 34 de serv. et aqua l. 2 203
l. 5 222
„ 4 „ 38 de contr. emt. l. 5 15
„ 4 „ 44 de rescind. vend. l. 2. 8 153
L. 4 Tit. 46 si propter publ. pens. l. ult. . . . 153
„ 4 „ 33 de praescr. long. temp. l. 12 . . . 203
l. ult. §. 1 . 155
„ 7 „ 39 de praescript. l. 8 203
„ 7 „ 47 de sent. l. unic. 203
„ 8 „ 26 de remiss. pignor. l. 8 153
„ 8 „ 54 de donat. l. 25. §. 1 181
„ 10 „ 3 de fide et jure hastae fisc. l. 5 . . 153

d. Novellen.

Nov. 4. c. 1 . . . 154. 155
„ 90. c. 5 155

e. Kanonisches Recht.

Dekretalen.

L. 3 Tit. 17 de emt. et vend. c. 3. 6 153

3. Landesrecht.

Preußen.

A. Altländisches Recht.

Allgemeines Landrecht.

Einleitung §§. 74. 75 . . 298
Teil I Titel 2 §. 41 . . 269
„ „ 3 §§. 18 flg. 301
„ „ 3 §. 35 . . 229
„ „ 4 §. 19 . . 301
„ „ 4 §. 75. 289. 290
„ „ 5 §. 1. . . 13
„ „ 5 §. 68 . . 229
„ „ 5 §. 131 . . 256
„ „ 5 §. 156 255. 317
„ „ 5 §. 168 . . 316
„ „ 5 §§. 256. 257 132. 255
„ „ 5 §§. 325. 326 269. 303
„ „ 5 §. 342 . . 269
Teil I Titel 6 §. 26 62. 261
„ „ 7 §§. 86 flg. . 255
„ „ 8 §§. 29 flg. . 298
„ „ 8 §§. 66 flg. . 295
„ „ 8 §. 187 . . 263
„ „ 9 §. 516 . . 273
„ „ 9 §. 664 . . 245
„ „ 10 §§. 15—17 317
„ „ 10 §§. 22. 23 238
„ „ 10 §§. 11. 13. 15 . . 20. 88
„ „ 11 §. 33 . . 127
„ „ 11 §. 39 . . 291
„ „ 11 §§. 72. 74 . 317
„ „ 11 §§. 365. 366 270
„ „ 11 §. 370 . . 270
„ „ 11 §§. 407. 408 278
„ „ 11 §§. 532. 533 289 290
„ „ 11 §§. 827. 833 317

Teil I Titel 12 §. 416 . . 237
„ „ 13 §. 9 216. 260
„ „ 13 §§. 22. 25. 27. 28. 15. 16
„ „ 13 §§. 96. 127. 171 216. 260
„ „ 13 §. 239 . . 305
„ „ 14 §§. 150. 151. 166. 167 . 305
„ „ 15 §§. 47. 52. 53 . . 20. 87
„ „ 16 §§. 15. 16. 19. 64. 65. 317
„ „ 16 §. 178 . . 230
„ „ 16 §. 226 . . 278
„ „ 16 §. 251 . . 238
„ „ 18 §. 288 . . 175
„ „ 18 §§. 290. 291 273
„ „ 20 §§. 436. 490. 500 . . . 310
„ „ 21 §. 42 . . 212
„ „ 22 §. 43 . . 255
Teil II. Tit. 1 §. 426 . . 239
„ „ 2 §. 125 . . 259
„ „ 2 §. 169 . . 15
„ „ 2 §. 212a . 266
„ „ 2 §. 433 . . 249
„ „ 2 §. 436 . . 251
„ „ 6 §. 151 . . 16
„ „ 11 §§. 111. 237. 238. 260. 261 . . . 235
„ „ 17 §§. 10. 11 . 62
„ „ 18 §§. 29. 46 . 16

B. Rheinisches Recht.

Code civil Artt. 3. 11. 14. 15 135
— Artt. 556. 650 . . . 324
— Art. 682 323
— Art. 757. 767. 770 . 330
— Art. 1153 331
— Art. 1154 325
— Art. 1907 329
— Art. 2251 331
— Art. 2277 328
Ordonnance vom Monat August 1669 pour les eaux et forêts, Tit. 28. Art. 7 . . . 324
Ges. v. 29. Floréal X . . 324
Dekr. v. 22. Januar 1808 324

C. Einzelne Gesetze und Verordnungen.

1838. 3. November. Gesetz über Eisenbahn-Unternehmungen (G.S. S. 505).
— — §. 25 39
1845. 11. Juli. Gesetz über die Lehns- und Successionsregister in Altpommern und Hinterpommern (G.S. S. 474).
— — §§. 7. 8 271
1850. 2. März. Gesetz betr. die Errichtung von Rentenbanken (G.S. S. 112).
— — §§. 2. 18 . 292. 293
1850. 2. März. Gesetz betr. die Ablösung der Reallasten und die Regulierung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse (G.S. S. 77).
— — §. 2 Nr. 2. §. 91 . 241
1851. 12. Mai. Gesetz über die Verhältnisse der Miteigentümer eines Bergwerkes (G.S. S. 265).
— — §. 1 286
1853. 30. Juli. Gesetz wegen exekutivischer Beitreibung der direkten und indirekten Steuern und anderer öffentlicher Abgaben und Gefälle ꝛc (G.S. S. 909) 230
1855. 8. Mai. Konkursordnung (G.S. S. 317).
— — §§. 173. 178. 242 flg. 315
— — §§. 186. 309. 341 228
1861. 24. Mai. Gesetz betr. die Erweiterung des Rechtsweges (G.S. S. 241).
— — §§. 1—7. . . . 106
1865. 24. Juni. Allgemeines Berggesetz (G.S. S. 705).
— — §§. 94 flg. 133 . 281
— — §§. 226. 227 . . 286

1869. 15. März. Subhastationsordnung (G.S. S. 421).
— — §. 64 313
— — §. 70 309
— — §. 72 313
— — §. 74 309
1872. 5. Mai. Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke ꝛc (G.S. S. 433).
— — §. 12 295
— — §§. 17. 34. 35 . . 310
— — §. 42 309
— — §§. 43. 52 . . . 310
1873. 9. April. Gesetz betr. die Abänderung des §. 235 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 (G.S. S. 181) 289
1875. 2. Juli. Gesetz betr. die Anlegung von Straßen und Plätzen in Städten und ländlichen Ortschaften (G.S. S. 561).
— — §. 13 295
1875. 5. Juli. Vormundschaftsordnung (G.S. S. 431).
— — §§. 27. 28. 42. 83 158
— — §. 86 16
1879. 7. September. Verordnung betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen (G.S. S. 591) 230

Baden.

Landrechtsatz 217 395
— 867 333
— 1184 332
— 1409. 1419. 1500. 1504. 1510. 1484. 1485 319
— 1612. 1613. 1653. 1749. 1948 333

Mecklenburg-Schwerin.

1621. Landes-Reversalen. Art. 32 90

Meiningen.

Prozeßgesetz vom 16. Juli 1862. Art. 135 179

Sachsen (Königreich).

Bürgerliches Gesetzbuch.
— — §. 267 20
— — §§. 630. 635 . . 212
— — §. 789 216
1837. 17. Dezember. Gesetz 43
1868. 14. Februar. Verordnung 43

4. Ausländisches Recht.

Frankreich.

1857. 30. Mai. Gesetz 134

S. „Rheinisches Recht".

C. Chronologische Zusammenstellung der Entscheidungen.

Seite
1881. Urt. v. 15. Juni i. S. St. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. I. 530/81. Nr. 35. 143
„ Urt. v. 18. Juni i. S. M. (Kl.) w. C. (Bekl.) Rep. I. 130/81. Nr. 36. 147
„ Urt. v. 19. September i. S. B. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. Va. 475/81. Nr. 67. 239
„ Urt. v. 22. September i. S. Pf. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. Va. 581/81. Nr. 68. 241
„ Urt. v. 23. September i. S. Kgl. preuß. Steuerfiskus (Bekl. u. Widerkl.) w. Z. (Kl. u. Widerbekl.) Rep. IV a. 853/81. Nr. 64. 230

		Seite
1881.	Urt. v. 26. September i. S. H. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. Va. 117/81. Nr. 69.	247
"	Urt. v. 1. Oktober i. S. P. (Kl.) w. Aktiengesellschaft Lichtenfelder Bauverein (Bekl.). Rep. I. 575/81. Nr. 32.	120
"	Urt. v. 11. Oktober i. S. W. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. IVa. 724/80. Nr. 70.	253
"	Urt. v. 19. Oktober i. S. O. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. V. 703/81. Nr. 71.	255
"	Urt. v. 21. Oktober i. S. Georg H. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. IVa. 644/80. Nr. 72.	259
"	Urt. v. 27. Oktober i. S. M. (Kl.) w. P. (Bekl.) Rep. Va. 243/81. Nr. 73.	261
"	Urt. v. 2. November i. S. L. & Co. (Bekl.) w. S. (Kl.) Rep. I. 593/80. Nr. 15.	60
"	Urt. v. 2. November i. S. G. (Kl.) w. O. Sw. & Co. (Bekl.) Rep. I. 603/81. Nr. 129.	415
"	Urt. v. 4. November i. S. Schw. (Bekl.) w. G. (Kl.) Rep. II. 376/81. Nr. 115.	374
"	Urt. v. 8. November i. S. W. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. III. 466/81. Nr. 37.	149
"	Urt. v. 9. November i. S. Th. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. I. 45/81. Nr. 63.	227
"	Urt. v. 12. November i. S. Z. (Kl.) w. N. (Bekl.) Rep. I. 133/81. Nr. 12.	46
"	Urt. v. 12. November i. S. Z. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. I. 153/81. Nr. 74.	265
"	Urt. v. 15. November i. S. Sch. u. Gen. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. III. 474/81. Nr. 45.	171
"	Urt. v. 16. November i. S. K. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. I. 602/81. Nr. 1 u. 95.	1. 337
"	Urt. v. 17. November i. S. Kr. (Bekl.) w. Rh. (Kl.) Rep. II. 68/81. Nr. 90.	323
"	Urt. v. 19. November i. S. W. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 140/81. Nr. 2 u. 38.	4. 152
"	Urt. v. 19. November i. S. W. (Kl.) w. J. P. (Bekl.) Rep. V. 725/81. Nr. 14.	58
"	Urt. v. 23. November i. S. Ländliche Parzellierungsgesellschaft M. eingetr. Genossenschaft (Kl.) w. Kreditgesellschaft M. eingetr. Genossenschaft (Bekl.). Rep. I. 82/81. Nr. 3.	11
"	Urt. v. 25. November i. S. A. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IVa. 897/80. Nr. 75.	268
"	Urt. v. 28. November i. S. v. Kl. (Bekl.) w. B. u. Gen. (Kl.) Rep. Va. 443/81. Nr. 76.	271
"	Urt. v. 29. November i. S. D. u. B. (Bekl.) w. Magistrat der Stadt L. (Kl.) Rep. III. 487/81. Nr. 39.	153

			Seite
Seite	1881.	Urt. v. 29. November i. S. B., W. u. Gen. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. IVa. 153/81. Nr. 77.	278
247	„	Urt. v. 2. Dezember i. S. O. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. III. 485/81. Nr. 40.	154
120	„	Urt. v. 9. Dezember i. S. S. (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 406/81. Nr. 91.	326
253	„	Urt. v. 9. Dezember i. S. Holsteinsche Marschbahngesellschaft (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. III. 490/81. Nr. 94.	335
255	„	Urt. v. 10. Dezember i. S. Sch. (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. I. 621/81. Nr. 13. 102. 49.	348
259	„	Urt. v. 10. Dezember i. S. M. (Bekl.) w. Kreditverein F. (Kl.) Rep. I. 619/81. Nr. 101.	345
261	„	Urt. v. 10. Dezember i. S. H. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 620/81. Nr. 103.	349
60	„	Urt. v. 12. Dezember i. S. Kirchengemeinde zu O. (Kl.) w. S. u. Gen. (Bekl.) Rep. IV. 769/81. Nr. 65.	233
415	„	Urt. v. 12. Dezember i. S. der M. S. Maschinenbau- u. Hütten-Aktiengesellschaft (Kl.) w. die Gewerken v. W. u. Gen. (Bekl.) Rep. V. 107/81. Nr. 78.	281
374	„	Urt. v. 14. Dezember i. S. der Versicherungsgesellschaft Providentia zu Frankfurt a. M. (Kl.) w. G. Witwe & Sohn in H. (Bekl.) Rep. I. 624/81. Nr. 4.	17
149	„	Urt. v. 14. Dezember i. S. K. (Bekl.) w. G. (Kl.) Rep. I. 622/81. Nr. 104.	350
227	„	Urt. v. 16. Dezember i. S. G. (Kl.) w. G. (Bekl.). Rep. III. 499/81. Nr. 41.	157
46	„	Urt. v. 17. Dezember i. S. Fr. zu Sonneberg (Kl. u. Nichtigkeitskl.) w. die Feuerversicherungsgesellschaft „Deutscher Phönix" in Frankfurt a. M. (Bekl. u. Nichtigkeitsbekl.) (Vereinigte Civilsenate). Rep. I. 103/81. Nr. 47.	177
265	„	Urt. v. 20. Dezember i. S. K. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 418/81. Nr. 96.	337
171	„	Urt. v. 20. Dezember i. S. Oberschlesische Bahn (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. II. 146/81. Nr. 98.	340
337	„	Urt. v. 20. Dezember i. S. K. Z. (Bekl.) w. H. K. (Kl.) Rep. III. 481/81. Nr. 109.	361
323	„	Urt. v. 21. Dezember i. S. On. in Firma F. F. K. (Kl.) w. Sch. (Bekl.) Rep. V. 732/81. Nr. 16.	62
152	1882.	Urt. v. 5. Januar i. S. K. (Bekl.) w. T. (Kl.) Rep. IVa. 413/81. Nr. 79.	290
58	„	Urt. v. 5. Januar i. S. Br. (Kl.) w. Rentenbank der Provinz Brandenburg (Bekl.). Rep. Va. 270/81. Nr. 80.	293
	„	Urt. v. 7. Januar i. S. M. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. III. 502/81. Nr. 43.	163
11	„	Urt. v. 10. Januar i. S. H. (Kl.) w. D. (Bekl.) Rep. III. 506/81. Nr. 6.	26
268			
171			
53			

		Seite
1882.	Urt. v. 10. Januar i. S. der Firma H. & K. (Kl.) w. die Kölner Gewerbebank (Bekl.). Rep. II. 121/81. Nr. 92.	330
„	Urt. v. 11. Januar i. S. F. (Kl.) w. Etl. (Bekl.) Rep. I. 630/81. Nr. 110.	364
„	Urt. v. 12. Januar i. S. W. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. IV. 809/81. Nr. 66.	237
„	Urt. v. 13. Januar i. S. B. (Kl.) w. Hoftheater in Dresden (Bekl.). Rep. II. 224/81. Nr. 7.	28
„	Urt. v. 13. Januar i. S. W. (Kl.) w. Braunschweigische Eisenbahngesellschaft (Bekl.). Rep. III. 511/81. Nr. 42.	160
„	Urt. v. 14. Januar i. S. Stadt L. (Kl.) w. H. (Bekl.) Rep. II. 217/81. Nr. 8.	33
„	Urt. v. 14. Januar i. S. L. (Kl.) w. Stadtgemeinde Charlottenburg (Bekl.). Rep. V. 733/81. Nr. 81.	295
„	Urt. v. 17. Januar i. S. W. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. III. 141/81. Nr. 5.	24
„	Urt. v. 18. Januar i. S. der Provisoren des Klosters R. (Bekl.) w. J. (Kl.) Rep. I. 645/81. Nr. 24.	90
„	Urt. v. 20. Januar i. S. B. (Kl.) w. Fiskus (Bekl.). Rep. II. 443/81. Nr. 9.	37
„	Urt. v. 20. Januar i. S. B. S. (Bekl.) w. M. S. u. Ehefrau (Kl.). Rep. I. 75/81. Nr. 48.	180
„	Urt. v. 20. Januar i. S. Berg.-Märk. Bahn (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. II. 374/81. Nr. 99.	341
„	Urt. v. 20. Januar i. S. der Gewerbebank zu O. (Bekl.) w. den Verwalter der M.'schen Konkursmasse zu L. (Kl.). Rep. III. 516/81. Nr. 111.	367
„	Urt. v. 21. Januar i. S. M. B. (Bekl.) w. G. Y. (Kl.) Rep. V. 783/81. Nr. 17.	66
„	Urt. v. 21. Januar i. S. W. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. I. 634/81. Nr. 116.	377
„	Urt. v. 24. Januar i. S. W. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. IVa. 467/81. Nr. 82.	301
„	Beschl. v. 24. Januar i. S. P. (Kl.) w. E. (Bekl.) Beschwerde-Rep. II. 4/82. Nr. 97.	339
„	Beschl. v. 25. Januar i. S. R. & Co. (Kl.) w. W. Ehefrau u. Gen. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 1/82. Nr. 117.	380
„	Urt. v. 27. Januar i. S. S. (Kl.) w. J. A. (Bekl.) Rep. IVa. 449/81. Nr. 83.	303
„	Urt. v. 31. Januar i. S. Militärfiskus (Bekl.) w. v. H. (Kl.) Rep. II. 449/81. Nr. 10.	40
„	Urt. v. 31. Januar i. S. H. C. V. (Bekl.) w. Z. (Kl.) Rep. III. 527/81. Nr. 44 u. 100	169. 344
„	Urt. v. 31. Januar i. S. D. K. (Kl.) w. O. E. u. Witwe D. (Bekl.) Rep. IVa. 830/80. Nr. 84.	305

		Seite
1882.	Urt. v. 31. Januar i. S. Erben K. u. B. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 450/81. Nr. 89.	319
„	Urt. v. 1. Februar i. S. L. (Bekl.) w. Assekuranz-Kompanie v. 1874 (Kl.). Rep. I. 655/81. Nr. 18.	69
„	Urt. v. 1. Februar i. S. F. (Bekl.) w. K. (Kl.) Rep. V. 794/81. Nr. 85.	308
„	Urt. v. 3. Februar i. S. d. Großh. hessischen Steuerfiskus (Kl.) w. G. Erben (Bekl.). Rep. III. 529/81. Nr. 49	181
„	Urt. v. 3. Februar i. S. Eisenbahndirektion zu Köln (Bekl.) w. H. (Kl.) Rep. II. 451/81. Nr. 118.	383
„	Urt. v. 7. Februar i. S. v. S. (Bekl. u. Widerkl.) w. v. S. (Kl. u. Widerbekl.) Rep. III. 531/81. Nr. 50. 112. 186.	369
„	Urt. v. 8. Februar i. S. G. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. V. 802/81. Nr. 105.	351
„	Urt. v. 11. Februar i. S. Th. M. & Co. (Kl.) w. M. Cr. B. (Bekl.) Rep. I. 201/81. Nr. 87.	313
„	Urt. v. 11. Februar i. S. Sch. (Kl.) w. d. hamburgische Steuerdeputation (Bekl.). Rep. I. 660/81. Nr. 119.	385
„	Urt. v. 11. Februar i. S. S. u. F. (Kl.) w. L. (Bekl.) Rep. II. 632/81. Nr. 130.	416
„	Beschl. v. 13. Februar u. 2. Mai i. S. W. Fl. (Kl.) w. M. S. (Bekl.) Beschw.-Rep. III. 11/82. Nr. 131.	418
„	Urt. v. 14. Februar i. S. P. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. III. 537/81. Nr. 11.	44
„	Urt. v. 14. Februar i. S. J. (Kl.) w. K. (Bekl.) Rep. II. 462/82. Nr. 19.	75
„	Urt. v. 15. Februar i. S. Witwe L. u. Gen. (Bekl.) w. D. (Kl.) Rep. I. 627/81. Nr. 51.	187
„	Beschl. v. 15. Februar auf die Beschwerde des M. i. S. K. (Kl.) w. D. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 4/82. Nr. 121.	390
„	Beschl. v. 17. Februar i. S. F. (Bekl.) w. B. (Kl.) Beschw.-Rep. III. 13/82. Nr. 106.	354
„	Beschl. v. 18. Februar auf die Beschwerde des R. i. S. desselben (Kl.) w. Th. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 6/82. Nr. 122.	392
„	Urt. v. 22. Februar i. S. H. L. (Bekl.) w. J. S. (Kl.). Rep. I. 285/81. Nr. 20.	79
„	Urt. v. 22. Februar i. S. S. (Bekl.) w. J. (Kl.) Rep. I. 56/81. Nr. 21.	83
„	Urt. v. 22. Februar i. S. Providentia (Kl.) w. Deutsche Genossenschaftsbank v. S. P. & Co. (Bekl.) Rep. I. 673/81. Nr. 86.	312
„	Urt. v. 22. Februar i. S. J. (Kl.) w. Z. (Bekl.) Rep. I. 668/81. Nr. 25.	95
„	Urt. v. 22. Februar i. S. S. (Kl.) w. den Kaufmännischen Verein zu F. (Bekl.) Rep. I. 218/81. Nr. 52.	188

		Seite
1882.	Urt. v. 24. Februar i. S. H. (Kl.) w. Sp. (Bekl.) Rep. III. 528/81. Nr. 22.	85
„	Urt. v. 24. Februar i. S. des Erben d. Fr. S. (Bekl.) w. Tr. (Kl.) Rep. III. 553/81. Nr. 46.	174
„	Urt. v. 24. Februar i. S. L. F. (Bekl.) w. A. F.'sche Erben (Kl.). Rep. Va. 436/81. Nr. 88.	316
„	Urt. v. 24. Februar i. S. H. (Kl.) w. G. (Bekl.) Rep. II. 471/81. Nr. 107.	356
„	Urt. v. 25. Februar i. S. L. (Kl.) w. H. J. Sw. Kammgarnspinnerei (Bekl.). Rep. I. 267/81. Nr. 26.	98
„	Urt. v. 28. Februar i. S. P. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. II. 209/81. Nr. 53.	189
„	Urt. v. 1. März i. S. Kaiser-Ferdinand-Nordbahn (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 676/81. Nr. 33.	125
„	Urt. v. 4. März i. S. S. (Kl.) w. W. u. Sohn (Bekl.). Rep. I. 219/81. Nr. 27.	99
„	Urt. v. 4. März i. S. B. (Kl.) w. W. u. S. (Bekl.). Rep. V. 822/81. Nr. 120.	388
„	Urt. v. 7. März i. S. B. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. III. 557/81. Nr. 59 u. 123	213. 393
„	Urt. v. 7. März i. S. R. (Kl.) w. v. W. (Bekl.) Rep. II. 482/81. Nr. 93.	332
„	Urt. v. 7. März i. S. W. P. zu London (Kl.) w. Oskar O. u. J. W. zu Greiz (Bekl.). Rep. II. 475/81. Nr. 114.	372
„	Urt. v. 9. März i. S. der Preuß. Nat.-Vers.-Gesellsch. zu St. (Bekl.) w. W. St. zu W. (Kl.) Rep. III. 588/81. Nr. 54. 113.	190. 372
„	Urt. v. 11. März i. S. Eisenbahnfiskus (Bekl.) w. Stadt Görlitz (Kl.) Rep. I. 695/81. Nr. 28.	100
„	Urt. v. 11. März i. S. der Gemeinde A. (Kl.) w. Kgl. preuß. Forstfiskus (Bekl.). Rep. III. 206/81. Nr. 55.	202
„	Beschl. v. 11. März i. S. auf die Beschwerde von W. & L. i. S. derselben (Kl.) w. E. Ehefrau (Bekl.). Beschw.-Rep. I. 3/82. Nr. 124.	398
„	Urt. v. 13. März i. S. M. (Bekl.) w. Tr. (Kl.) Rep. I. 704/81. Nr. 108.	359
„	Urt. v. 14. März i. S. C. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. III. 155/81. Nr. 56.	203
„	Urt. v. 14. März i. S. G. (Bekl.) w. M. (Kl.) Rep. II. 223/82. Nr. 133.	423
„	Urt. v. 15. März i. S. Magistrat der Stadt C. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 701/81. Nr. 57.	204
„	Urt. v. 17. März i. S. H. (Bekl.) w. L. (Kl.) Rep. III. 94/81. Nr. 60.	214
„	Urt. v. 24. März i. S. Generaldirektion der Reichseisen-	

Seite

bahnen in Elsaß-Lothringen (Bekl.) w. Sch. (Kl.) Rep. II. 497/81. Nr. 29. 105

1882. Urt. v. 25. März i. S. Bochumer Bergwerksaktiengesellschaft (Kl.) w. F. (Bekl.) Rep. I. 203/82. Nr. 30. 109

„ Urt. v. 28. März i. S. T. & Komp. (Bekl.) w. Geestemünder Bank (Kl.). Rep. III. 241/82. Nr. 125 401

„ Urt. v. 29. März i. S. M. (Bekl.) w. W. (Kl.) Rep. I. 705/81. Nr. 61. 217

„ Urt. v. 1. April i. S. M. & Co. (Bekl.) w. E. (Kl.) Rep. I. 34/81. Nr. 31. 115

„ Urt. v. 5. April i. S. der geschiedenen Ehefrau H. (Bekl. u. Widerkl.) w. H. (Kl. u. Widerbekl.) Rep. I. 205/82. Nr. 58. 208

„ Urt. v. 14. April i. S. Feuerversicherung le Phénix (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. II. 503/81. Nr. 34. 134

„ Besch. v. 17. April i. S. S. (Kl.) w. W. (Bekl.) Beschw.-Rep. I. 16/82. Nr. 126 409

„ Urt. v. 17. April i. S. B. (Kl.) w. Norddeutsche Vers.-Ges. (Bekl.) Rep. I. 706/81. Nr. 127. 412

„ Urt. v. 18. April i. S. M. (Kl.) w. M. (Bekl.) Rep. III. 127/81. Nr. 62 223

„ Beschl. v. 2. Mai i. S. B. (Kl.) w. die Direktion der sächs.-thüring. Ost-West-Eisenbahngesellschaft (Bekl.). Beschw.-Rep. III. 44/82. Nr. 128. 414

„ Urt. v. 3. Mai i. S. B. (Kl.) w. R. (Bekl.) Rep. I. 230/82. Nr. 135 432

„ Urt. v. 10. Mai i. S. K. (Bekl.) w. B. (Kl.) Rep. I. 237/82. Nr. 134. 427

„ Urt. v. 16. Mai i. S. H. (Bekl.) w. R. (Kl.) Rep. II. 230/82. Nr. 132. 420

Zusammenstellung

der

im **sechsten Band** mitgeteilten Entscheidungen

nach

Oberlandesgerichtsbezirken.[1]

Augsburg . . . . *53.*

Bamberg . . . . *8.*

Berlin . . . . . *12.* 13. 16. *21.* 27. *31.* 32. 33. *69.* 71. *74. 79. 80.* 81. 85. *87.* 102. 104. 110. 134.

[1] Die schrägstehenden Ziffern geben die nach dem **alten** Verfahren ergangenen Entscheidungen an. — Für die vor dem 1. Oktober 1879 in die dritte Instanz gelangten Sachen sind diejenigen Oberlandesgerichts-Bezirke angegeben, welchen dieselben jetzt angehören würden.

Braunschweig . 40. 42.

Breslau . . . . . 20. 28. 66. *70.* 72. *78.* *82.* *88.*

Celle . . . . . 19. 39. 43. 106. 125.

Darmstadt . . . 49. 54. 91. 109. 113. 131.

Dresden . . . . . 7. 10. 96.

Frankfurt a. M. 2. 11. 22. 30. 35. *38.* 46. *52.* 58. 59. *60.* 61. 108. 123.

Hamburg . . . . 1. 4. 15. 18. 23. 25. 51. 86. 95. 107. 116. 117. 119. 121. 122. 124. 127. 129. 135.

Hamm . . . . . 14. 17. *73.* *83.* 105. 120.

Jena . . . . . *26.* *36.* *47.* 111. 114. 128.

Karlsruhe . . . 89. 93. 132.

Kassel . . . . . 6. 37. 44. 45. *48.* 50. 100. 112.

Kiel . . . . . 41. *56.* 62. 94.

Kolmar . . . . . 29. 34. 115.

Köln . . . . . *90.* *92.* 97. 99. 118.

Königsberg . . . *3.*

Marienwerder . 65. 67. *75.* 101. 126.

München . . . . 9.

Naumburg . . . *64.* *68.*

Oldenburg . . . *5.*

Rostock . . . . . 24. 57. 103.

Stettin . . . . . *63.* *84.* 130.

Zweibrücken . . 133.

Patentsachen . . 96. 98.

Oberlandeskulturgericht Berlin 55. 76.

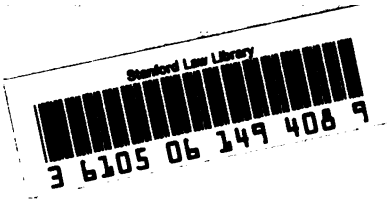
Berichtigungen.

Fünfter Band.

S. 34 Z. 16 v. o. nach „Ansprüche" einzuschalten: „der Klägerin".
S. 34 Z. 12 v. u. lies „am" statt „vom".
S. 34 Z. 7 v. u. lies „betreffend die Besteuerung des Tabaks, am 7. Juli genehmigten".
S. 84 Z. 14 v. o. zu streichen: „Verwerfung der".
S. 91 Z. 16 v. o. lies „Tit. 9" statt „Tit. 59".
S. 411 Z. 2 v. u. nach „wäre," einzuschalten „für".
S. 416 Z. 16 v. u. lies „der" statt „den".
S. 464 Z. 7 v. o. lies *46* statt 46.

Sechster Band.

S. 132 Z. 7 v. o. lies „Wharton" statt „Wheaton".
S. 230 Z. 16 v. o. „ „September" statt „Dezember".
S. 431 Z. 13 v. u. „ „§. 276" statt „§. 376".


Stanford Law Library
3 6105 06 149 408 9